Oberlandesgericht Köln, 15 W 21/19

Datum:	18.07.2019
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	15. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Beschluss
Aktenzeichen:	15 W 21/19
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2019:0718.15W21.19.00

Vorinstanz:	Landgericht Köln, 28 O 98/19
Normen:	BGB §§ 1004, 823; DSGVO Art. 9, 74, 85; RStV § 9c;; StGB §§ 201, 201a, 203

Tenor:

Die Kosten des Verfahrens werden den Verfügungsbeklagten zu je ½ auferlegt.

G r ü n d e : 1

I. 2

Der Verfügungskläger leidet seit früher Jugend unter einer schweren Intelligenzminderung und einer Autismus-Störung und war ab September 2018 als Patient in der geschlossenen psychiatrischen Abteilung „K oben“ des A-Klinikums der B GmbH in der Cstr. xx, D in Behandlung. Der Verfügungskläger stand und steht nach dem insofern bestrittenen Prozessvortrag auch weiterhin unter Betreuung. Seine Betreuerin, die die Anwaltsvollmacht des Verfahrensbevollmächtigten für den Verfügungskläger gezeichnet hat, war u.a. für die Aufgabenkreise Gesundheitssorge, Aufenthaltsbestimmung, Vermögenssorge und Vertretung vor Behörden bestellt. Mit Beschluss des AG Berlin-Schöneberg vom 04.06.2019 – 53 XVII S 82/16 - ist der Aufgabenkreis erweitert worden um die „Wahrnehmung des Persönlichkeitsschutzes.“ (Bl. 338 d.A.) 3

Die Verfügungsbeklagte zu 1) ist Journalistin und Mitarbeiterin der Verfügungsbeklagten zu 2), welche Fernsehsendungen produziert. Die im hiesigen Verfahren streitgegenständlichen Handlungen sind für das TV-Format „E“ vorgenommen worden, welches vom Fernsehsender F ausgestrahlt wird. Die Verfügungsbeklagte zu 1) ließ sich mit dem Ziel einer verdeckten Recherche unter einem falschen Namen als Praktikantin im oben genannten Klinikum 4

anstellen und war dort im Herbst 2018 unentgeltlich tätig. Vor Beginn des Praktikums ist u.a. eine „Niederschrift über die Verpflichtung zum Datenschutz“ gefertigt worden, bei der die Verfügungsbeklagte zu 1) u.a. über (vermeintliche) Verschwiegenheitspflichten gemäß § 203 Abs. 1 und 4 StGB belehrt worden ist. Ferner wurde sie darauf hingewiesen, dass Bild- und Tonaufnahmen auf der geschlossenen, für die Öffentlichkeit nur zu Besuchszeiten zugänglichen Station, untersagt sind. Wegen der Einzelheiten der Unterlagen zum Praktikum wird auf Anlage A 1 (AH I) verwiesen. In der Zeit ihres Praktikums wurden von der Verfügungsbeklagten zu 1) in umstrittenen Umfang heimliche Ton- und Bildaufnahmen auf der oben genannten Station angefertigt. Wie jedenfalls zuletzt unstreitig ist, wurden dabei zumindest auch Aufnahmen vom Verfügungskläger getätigt, wobei die konkreten Aufnahmesituationen weiter streitig sind.

Mit Schreiben vom 12.02.2019 (Anlage A 2, AH I) meldete sich die Verfügungsbeklagte zu 2) über ihren Mitarbeiter G beim Träger des Klinikums, teilte mit, über psychiatrische Kliniken zu recherchieren, bezog sich auf die genannte Station und den Zeitraum Oktober/November 2018 und fragte u.a. in einem von der Mitarbeiterin H der Verfügungsbeklagten zu 2) nach Rücksprache mit der Verfügungsbeklagten zu 1) verfassten Fragenkatalog: 5

6

> Wir haben Kenntnis, dass sich auf der Station ein junger Mann mit schwerer Intelligenzminderung und Autismus-Störung befunden hat, der eine intensive Betreuung benötigt. Da dies auf der o.g. Station nicht möglich war, war er extrem unruhig. Er wurde durch stark sedierende Medikamente (Neuroleptika) ruhig gestellt. Diese sollen ihn so stark beeinträchtigt haben, dass er apathisch schien und übermäßigem unkontrollierbaren Speichelfluss, starken Zitteranfällen sowie massiven Gleichgewichtsstörungen ausgesetzt war. Wie schließen Sie aus, dass nicht eine Überdosierung die Ursache für vorgenannte Symptome ist? Wie konnte es sein, dass zwar Pflegepersonal, nicht aber Ärzte von extremen Zitteranfällen Kenntnis hatten? Haben Sie Kenntnis davon, dass dieser junge Mann, sobald er von einem anderen Patienten mehr umsorgt wurde – z.B. Spazierenfahren in der Außenanlage – aufblühte? Warum übernehmen solche Betreuungen nicht die Pflegekräfte? Wieso wird ein solcher Patient, falls bei Ihnen eine solche Betreuung nicht gewährleitstet werden kann, nicht verlegt?

Mitarbeiter des Klinikums und die Betreuerin des Verfügungsklägers erkannten darin den Verfügungskläger wieder. Das Klinikum verwies unter dem 21.02.2019 auf die ärztliche Schweigepflicht, soweit nach der Fragestellung identifizierbare Patientinnen und Patienten betroffen seien. Man bat um die Übersendung von Schweigepflichtentbindungen vor einer Stellungnahme. Die Antragsgegnerin zu 2) teilte am 25.02.2019 (Anlage A 4, AH I) u.a. mit, dass man sich noch im Recherchestadium befinde, nicht entschieden sei, ob und wie über die Einrichtung berichtet würde und insofern auch kein Konflikt mit § 203 StGB drohe, weil man ohnehin nicht identifizierend über die einzelnen Patientinnen und Patienten berichten würde. Das Klinikum forderte unter dem 26.02.2019 die Verfügungsbeklagte zu 1) zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung betreffend eine weitere Verarbeitung von Bild- und Tonaufnahmen auf (Anlage A 7, AH I). Am 01.03.2019 (Anlage A 8, AH I) teilte eine Mitarbeiterin der Mediengruppe F GmbH für die Verfügungsbeklagte zu 1) 7

mit, dass man weiterhin im Recherchestadium sei und eine Verwertung des Materials immer erst nach einer Prüfung der rechtlichen Rahmenbedingungen erfolge, weswegen man die Abmahnung zurückwies. Die Datenerhebung und -verarbeitung zu journalistischen Zwecken sei zulässig.

Mit Anwaltsschreiben vom 22. und 25.02.2019 (Anlagen A 9 f., AH I) hatte sich zuvor der jetzige Verfahrensbevollmächtigte für den Verfügungskläger bestellt und die beiden Verfügungsbeklagten unter Verweis auf angebliche Verstöße gegen § 201, 201a, und 203 StGB abgemahnt, Unterlassungsverpflichtungserklärungen eingefordert und Auskunfts- sowie Kostenerstattungsansprüche geltend gemacht. Die Mediengruppe F GmbH wies auch dies für die Verfügungsbeklagten mit Schreiben vom 27. bzw. 28.02.2019 (Anlagen 11 a) und b), AH I) zurück u.a. unter Verweis auf laufende Recherchen und eine Beachtung der rechtlichen Vorgaben für eine Verarbeitung personenbezogener Daten. Unter dem 27.02.2019 forderte u.a. der Verfügungskläger vom externen und ebenfalls bei der Mediengruppe F Deutschland GmbH angesiedelten Datenschutzbeauftragten der Verfügungsbeklagten zu 2) Auskunft über die über den Verfügungskläger gespeicherten und verarbeiteten Daten unter Verweis darauf, dass die bisherigen Antworten der Verfügungsbeklagten dazu nicht befriedigend seien. Ferner wurde u.a. Löschung verlangt (Anlage A 17a, Bl. 181 ff. d.A.). Unter dem 05.03.2019 (Anlage A 17b, Bl. 185 f. d.A., Anlage 17c, Bl. 187 f. d.A.) wurde auch dieses Begehren von der Mediengruppe F und dem Datenschutzbeauftragten zurückgewiesen, u.a. weil es (noch) nicht – wie von § 9c Abs. 3 RStV vorausgesetzt – zu einer Berichterstattung über den Verfügungskläger gekommen sei, das Medienprivileg im Recherchestadium – in dem man sich befinde – durchgreife und die Datenschutzhinweise von F hier ohnehin keinen Anspruch begründen würden. 8

Am 18.03.2019 – also erst nach der Antragstellung im hiesigen Verfügungsverfahren – hat der Fernsehsender F eine Undercoverreportage über Zustände in psychiatrischen Kliniken in Deutschland als Folge 1 von Staffel 6 von „E“ ausgestrahlt. Wegen der Einzelheiten der Berichterstattung wird auf die DVD in Anlage A 16, AH I Bezug genommen. Bild- und Tonaufnahmen des Verfügungsklägers sind ebenso wenig Teil der Sendung wie sonstige Aufnahmen aus „K“; auch sind keine Informationen über den Verfügungskläger verbreitet worden. Gezeigt worden sind u.a. Aufnahmen aus anderen geschlossenen Stationen und/oder Krankenzimmern und – verpixelt – auch von teils unbekleideten Patientinnen und Patienten. Die Verfügungsbeklagte zu 1) führte den Filmbeitrag am 18.04.2019 in der Hochschule I im Hörsaal vor, wobei wegen der Einzelheiten auf den J-Eintrag in Anlage AS 16 (Bl. 181 d.A.) Bezug genommen wird. 9

Der Verfügungskläger hat im Kern bei der Antragstellung vertreten, dass – ungeachtet der Frage, ob die Presse widerrechtlich erlangte Informationen im öffentlichen Informationsinteresse zur Aufdeckung von Missständen später öffentlich verbreiten dürfe – hier schon die Datenerhebung und – verarbeitung im besonders geschützten Bereich der geschlossenen psychiatrischen Abteilung mit nach Art. 9 DSGVO besonders geschützten Daten unzulässig gewesen sei. Der Verfügungskläger hat behauptet, man habe tatsächlich in geschützten Bereichen und Situationen Bild- und Tonaufnahmen von ihm angefertigt und zudem geheimhaltungsbedürftige Gesundheitsdaten verarbeitet. Die Unzulässigkeit der Maßnahmen sei hier deswegen umso mehr greifbar, als die Betroffenen – sollte es Missstände in der Klinik gegeben haben, wofür aber schon nichts ersichtlich und/oder glaubhaft gemacht sei – ohnehin selbst „Opfer“ gewesen wären und daher nicht ohne weiteres zu „Statisten“ eines skandalisierenden Thesenjournalismus hätten gemacht werden dürfen. Zudem seien im konkreten Fall jedenfalls Straftatbestände aus §§ 201, 201a, 203 StGB verwirklicht, bei denen der Gesetzgeber ganz bewusst keine besondere Rechtfertigung 10

für journalistische Recherchezwecke vorgesehen habe und bei denen hier dann auch keine Rechtfertigung für einen Eingriff in die Rechte des für etwaige Missstände nicht verantwortlichen Verfügungsklägers ersichtlich sei, insbesondere nicht mit Blick auf § 34 StGB. Auch seien dessen Privat- und Intimsphäre und das zu seinem Schutz geltende Patientengeheimnis verletzt. Einem Journalisten würde – sollte man das anders sehen - unter dem Deckmantel der angeblichen journalistischen Recherche sonst fast jede illegale Datenerhebung und – verarbeitung „auf Verdacht“ zugestanden in der Hoffnung, dabei dann auf eine die spätere Veröffentlichung tragende Information zu stoßen, was so schwerlich überzeugen könne. Der Verfügungskläger hat die Ansicht vertreten, dass ihm auch nach der zwischenzeitlichen Ausstrahlung der Sendung weiterhin ein Unterlassungsanspruch zustehe, weil schon von der reinen Existenz des rechtswidrig erhobenen Materials und seiner weiteren Speicherung (als Unterfall der Verarbeitung) ausgehende Gefahren für die Zukunft sicher beseitigt werden müssten. Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens des Verfügungsklägers wird auf die Schriftsätze vom 11.03.2019 (Bl. 15 ff. d.A.), vom 15.03.2019 (Bl. 48 ff. d.A.), vom 18.03.2019 (Bl. 58 f., 60 d.A.) und vom 20.03.2019 (Bl. 63 f. d.A.) Bezug genommen.

Der Verfügungskläger hat am 11.03.2019 mit Blick auf die damals veröffentlichte Programmankündigung (Anlage A 12, AH I) beantragt, den Antragsgegnern im Wege der einstweiligen Verfügung bei Meidung von Ordnungsmitteln zu untersagen, 11

während des Aufenthalts des Antragstellers in der „K oben“ der Psychiatrie des A-Klinikums in D im Jahr 2018 über seinen Gesundheitszustand erhobene personenbezogene Informationen, insbesondere von ihm angefertigte Ton- und/oder Bild-Aufnahmen zu verarbeiten und/oder verarbeiten zu lassen oder verbreiten und/oder verbreiten zu lassen und/oder Dritten zu offenbaren, wenn dies ohne ausdrückliche Einwilligung des Antragstellers oder seiner Betreuerin geschieht. 12

Die Verfügungsbeklagten, denen das Landgericht mit Beschluss vom 20.03.2018 (Bl. 61 d.A.) rechtliches Gehör im schriftlichen Verfahren gewährt hat, haben sinngemäß beantragt, 13

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen. 14

Die Verfügungsbeklagten haben die ausreichende Bestimmtheit des Antrages (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) gerügt sowie Verfügungsgrund und –anspruch in Zweifel gezogen; ersteres vor allem mit Blick auf das Ende des Praktikums der Verfügungsbeklagten zu 1), die zwischenzeitlich erfolgte Ausstrahlung und die Beendigung der redaktionellen Arbeit in dieser Angelegenheit. Zum Verfügungsanspruch sei zu berücksichtigen, dass strafrechtliche Tatbestände nicht verwirklicht worden seien, jedenfalls die Maßnahmen mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 GG und die Recherchefreiheit der Presse allesamt gerechtfertigt gewesen seien. Denn eine Recherche sei zur Aufdeckung erheblicher Missstände bei der stationären Behandlung psychischer Krankheiten geboten gewesen und speziell zur betreffenden Klinik hätte man auch konkrete Hinweise im Vorfeld gehabt, zu deren Aufklärung die investigative Recherche dann das einzig geeignete Mittel gewesen sei. Im Übrigen entfalle strafbares Handeln jedenfalls aufgrund des weit zu verstehenden Medienprivilegs (Art. 85 DSGVO, §§ 9c, 57 RStV). Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens der Verfügungsbeklagten wird auf den Schriftsatz vom 29.03.2019 (Bl. 93 ff. d.A.) verwiesen. 15

Das Landgericht hat mit angefochtenem Beschluss vom 05.04.2019 den Antrag des Verfügungsklägers zurückgewiesen. Es hat sich dabei im Wesentlichen darauf gestützt, dass ein Verfügungsanspruch hinsichtlich eines Verbreitens von Ton- oder Bildaufnahmen mangels Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsgefahr zumindest im Zeitraum nach der den 16

Verfügungskläger eindeutig nicht betreffenden Ausstrahlung der Sendung ausscheide. Soweit auch die Unterlassung der Verarbeitung von Ton- oder Bildaufnahmen begehrt werde, sei zwar das Anfertigen solcher Aufnahmen durch die Verfügungsbeklagten hier nur unzureichend bestritten, doch bestehe kein Unterlassungsanspruch. Zu Art. 9 Abs. 1 DSGVO seien die Ausführungen des Senats im Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18 zum Medienprivileg auch auf Tonaufnahmen und sonstige Informationen übertragbar; im Rahmen der dabei gebotenen Abwägung gebe die Überlegung den Ausschlag, dass ein Verbot der Verarbeitung erhobener Daten im Vorfeld einer möglichen Veröffentlichung die Verfügungsbeklagten im Recherchestadium treffen würde, was auch unter Berücksichtigung der persönlichkeitsrechtlichen Belange des Verfügungsklägers in den Kernbereich der grundrechtlich geschützten Presse- bzw. Rundfunkfreiheit eingreife und damit nicht zu vereinbaren sei. Hinzu komme, dass an dem Gegenstand der Recherche – Missstände im Gesundheitswesen – ein überragendes öffentliches Informationsinteresse bestehe. Ein Anspruch wegen der Tonaufnahmen folge nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB, da eine entsprechende Tat nach § 201 Abs. 2 Satz 3 StGB nicht rechtswidrig sei, da sie in entsprechender Anwendung des oben dargestellten Abwägungsvorganges hier zur Wahrnehmung überragender öffentlicher Interessen erfolgt sei. Hinsichtlich der Bildaufnahmen gelte Gleiches: Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB scheitere daran, dass die Tat nach § 201a Abs. 4 StGB zur Wahrnehmung überwiegender berechtigter Interessen im Zusammenhang mit der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens erfolgt sei. Soweit das Verbot begehrt werde, entsprechende Aufnahmen Dritten zu offenbaren, gelte Ähnliches: Hinsichtlich der Verfügungsbeklagten zu 2) seien die Voraussetzungen für die Annahme einer Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsgefahr für solche Handlungen schon nicht dargelegt. Auch hinsichtlich der Verbreitung, Verarbeitung oder Offenbarung sonstiger über den Gesundheitszustand erhobener personenbezogener Informationen fehle es an einem Unterlassungsanspruch. Nicht dargelegt sei bereits, dass die Verfügungsbeklagte zu 2) derartige Informationen verbreitet oder Dritten offenbart hätte. Ebenfalls nicht dargelegt sei, dass die Verfügungsbeklagte zu 1) solche Informationen verbreitet hätte. In Betracht komme allein eine Verarbeitung von entsprechenden Informationen durch beide Verfügungsbeklagte sowie zusätzlich ein Offenbaren entsprechender Informationen durch die Verfügungsbeklagte zu 1) an die Verfügungsbeklagte zu 2). Unter der Prämisse, dass die zu Ziff. 6 des übersandten Fragenkatalogs angeführte Beschreibung des Verfügungsklägers als personenbezogene Information über seinen Gesundheitszustand anzusehen sei, könne allein in diesem Umfang eine Wiederholungsgefahr bejaht werden. Art. 9 Abs. 1 DSGVO greife jedoch dabei aus genannten Gründen nicht. Aber auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 203 Abs. 4 Satz 1 StGB komme nicht in Betracht. Die Verfügungsbeklagte zu 2) werde schon täterschaftlich nicht erfasst. Im Übrigen sei nicht ersichtlich, dass die Verfügungsbeklagte zu 1) die im Fragenkatalog enthaltenen Informationen der Verfügungsbeklagten zu 2) überhaupt mit Bezug zu dem identifizierbaren und damit erst betroffenen Verfügungskläger übermittelt hätte. Es sei nichts dafür vorgetragen, dass die Verfügungsbeklagte zu 2) bzw. ihre Mitarbeiter, die übermittelten Informationen in persönlichkeitsrechtlich relevanter Art und Weise mit dem ihr bzw. ihnen vollkommen unbekannten Verfügungskläger hätten in Verbindung bringen können, etwa ggf. unter Heranziehung von Ton- oder Bildaufnahmen. Die Übermittlung der Anfrage zum Verfügungskläger an die Klinik sei schließlich rechtlich unbeachtlich, denn die dort genannten Umstände seien dadurch nicht „offenbart“ worden, sondern den Personen, die aufgrund der Beschreibung den Verfügungskläger identifizieren konnten, ohnehin bereits vorbekannt gewesen. Abgesehen davon neige die Kammer zu der Auffassung, dass ein Unterlassungsanspruch generell nicht auf Verletzungshandlungen gestützt werden könne, die die Presse im Vorfeld geplanter Veröffentlichungen begehe. Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf den Beschluss (Bl. 116 ff. d.A.)

Bezug genommen.

Dagegen wendet sich der Verfügungskläger mit seiner am 18.04.2019 eingereichten sofortigen Beschwerde unter geringfügiger Anpassung seines Antrages. Mit Nichtabhilfebeschluss vom 10.05.2019, auf den wegen der weiteren Einzelheiten verwiesen wird (Bl. 159 f. d.A.), hat das Landgericht der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen. Es hat sich ergänzend darauf gestützt, dass eine Argumentation mit§ 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB und dem darauf nicht anwendbaren § 201a Abs. 4 StGB schon allein deswegen fehlgehe, weil dies so vom Antrag gar nicht umfasst sei. Bei dem für den begehrten Unterlassungstenor allein einschlägigen § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB komme es – wie ausgeführt – auf die Abwägung an, die zu Lasten des Verfügungsklägers ausgehe. 17

Der Verfügungskläger hat mit der Beschwerde sein erstinstanzliches Vorbringen vertieft und u.a. die Ansicht vertreten, dass nach dem Vortrag der Verfügungsbeklagten zumindest zuletzt das Speicherinteresse entfallen sei (§ 9 c Abs. 3 S. 4 RStV). Deswegen sei (weiterhin) ein „Gesamtverbot“ zur Verarbeitung der den Verfügungskläger betreffenden gesundheitsbezogenen Informationen, Bild- und Tonaufnahmen auszusprechen, wenn das Material nicht gelöscht sei. In der Sache habe das Landgericht verkannt, dass die genannten Strafnormen gerade keine gesonderte Rechtfertigung für die eigene Recherchetätigkeit der Presse vorsehen würden. Ein wie auch immer gelagertes „Medienprivileg“ verschaffe dem investigativen Journalismus keinen „Freibrief“, auf bloßen Generalverdacht hin über lange Zeiträume beliebig Aufnahmen Schutzbedürftiger zu tätigen in der Hoffnung, dass sich daraus später ein berichtenswerter Skandal würde konstruieren lassen. Hier sei zudem zu beachten, dass nicht nur eine Weitergabe des Materials an die Verfügungsbeklagte zu 2), sondern auch an F bzw. die Mitarbeiter der dortigen Rechtsabteilung und auch an Anwälte gegeben habe nach dem eigenen Vortrag der Verfügungsbeklagten. Auch nach der Ausstrahlung sei zudem eine weitere Verarbeitung der rechtswidrig erhobenen Daten (etwa für weitere Sendungen) zu befürchten und deswegen gerichtlich zu unterbinden, zumal Auskunftsansprüche seitens der Verfügungsbeklagten nicht erfüllt worden seien, so dass mit Blick auf Art. 79 DSGVO die Substantiierungslast für den Verfügungskläger nicht zu überdehnen sei. Wegen der weiteren Einzelheiten des Beschwerdevorbringens wird auf die Schriftsätze vom 18.04.2019 (Bl. 125 ff. d.A.), vom 05.06.2019 (Bl. 301 ff. d.A.), vom 11.06.2019 (Bl. 337 ff. d.A.) und vom 27.06.2019 (Bl. 368 ff. d.A.) Bezug genommen. 18

Der Verfügungskläger hat sinngemäß beantragt, 19

unter Abänderung des Beschlusses des Landgerichts Köln vom 05.04.2019 – 28 O 98/19 - in der Form des Nichtabhilfebeschlusses vom 10.05.2019 den Verfügungsbeklagten im Wege der einstweiligen Verfügung bei Androhung der üblichen Ordnungsmittel zu untersagen, 20

während des Aufenthalts des Verfügungsklägers in der psychiatrischen Station „19 oben“ des B A-Klinikums, Cstr. xx, D im Zeitraum 06.11.-02.12.2018 über seinen Gesundheitszustand erhobene personenbezogene Informationen sowie insbesondere den Verfügungskläger betreffende Bild- und/oder Ton-Aufnahmen zu gebrauchen und/oder Dritten zugänglich zu machen und/oder zu verarbeiten und/oder diese Dritten zu offenbaren, wenn dies ohne ausdrückliche Einwilligung des Verfügungsklägers geschieht. 21

Die Verfügungsbeklagten haben beantragt, 22

die sofortige Beschwerde als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise zurückzuweisen. 23

24

Die Verfügungsbeklagten haben die ordnungsgemäße Prozessvertretung des Verfügungsklägers – auch mit Blick auf eine (angebliche) Höchstpersönlichkeit der zu treffenden Entscheidungen – gerügt, die Angaben zur ladungsfähigen Anschrift in Zweifel gezogen und die angegriffene Entscheidung unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens verteidigt. Sie haben insbesondere auch weiterhin die Ansicht vertreten, ihre Recherche sei eine Maßnahme im Kernbereich der Rundfunkfreiheit, der im Grundsatz von vorbeugenden Unterlassungsklagen freizuhalten sei; jedenfalls fehle es an einer Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr, zumal keine weiteren Sendungen mehr geplant seien, das Praktikum beendet sei und die Recherchetätigkeit mit einer (unterstellten) Datenweitergabe innerhalb der daran Beteiligten längst abgeschlossen sei. Es seien keine Straftatbestände verwirklicht worden, zumal ein reines Orientierungspraktikum nicht unter § 203 StGB falle und der Verfügungskläger bei der Weitergabe von Informationen ohnehin jeweils nicht erkennbar gewesen sei. Eine Weitergabe innerhalb des Kreises der journalistisch-redaktionell Beteiligten sei ohnehin nicht als Weitergabe an Dritte zu verstehen. Mit Blick auf EGMR v. 24.02.2015 – 21830/09, NJOZ 2016, 1505 – Haldimann und das Verbot einer Vorzensur sei zumindest von einer Rechtfertigung auszugehen. Insofern hätten auch ausreichend konkrete Hinweise zu Missständen auf der konkreten Station vorgelegen wie auf S. 4 ff. des Schriftsatzes vom 05.06.2019 (Bl. 198 ff. d.A.) ausgeführt. Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Verfügungsbeklagten wird auf die Schriftsätze vom 02.05.2019 (Bl. 147 ff. d.A.), vom 05.06.2019 (Bl. 195 ff. d.A.), vom 26.06.2019 (Bl. 341 ff. d.A.) und vom 03.07.2019 (Bl. 420 ff. d.A.) sowie die Einlassungen im Termin vom 04.07.2019 (Protokoll, Bl. 430 ff. d.A.) und die im Termin überreichten beiden eidesstattlichen Versicherungen (Bl. 445 ff. d.A.) Bezug genommen.

Nachdem im Termin vom 04.07.2019 diese beiden eidesstattlichen Versicherungen überreicht worden sind und der Vortrag der Verfügungsbeklagten unstreitig geworden ist, dass nach der hier getroffenen redaktionellen Entscheidung gegen eine Ausstrahlung auch unter Verwendung des erstellten Rohmaterials vom Verfügungskläger dieses Material einem - nicht im Verfahren vorgelegten - Datenschutz- und Löschkonzept der Verfügungsbeklagten zu 2) entsprechend endgültig gelöscht worden ist mit Ausnahme einer beim Verfahrensbevollmächtigten allein zu Zwecken der Rechtsverteidigung aufbewahrten Kopie, haben die Parteien auf entsprechenden Hinweis des Senats hin den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt unter jeweiliger Verwahrung gegen die Kostenlast. 25

II. 26

Nachdem die Parteien den Rechtsstreit im Termin zur mündlichen Verhandlung übereinstimmend für erledigt erklärt haben, war lediglich noch über die Kosten zu entscheiden. Nach der Regelung des § 91a Abs. 1 ZPO, die sowohl in einstweiligen Verfügungsverfahren (statt aller Zöller/*Althammer*, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 91a Rn. 58 „Arrest und einstweilige Verfügung“) wie auch in Beschwerdeverfahren (statt aller *Althammer* a.a.O., „Beschwerdeverfahren“) anwendbar ist, waren die Kosten den beiden Verfügungsbeklagten zu je 1/2 aufzuerlegen (§ 100 Abs. 1 ZPO), denn allein dies entsprach nach Ansicht des Senats vorliegend billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes. 27

1. Der Senat verkennt dabei nicht, dass sich im vorliegenden Eilverfahren schwierige und in weiten Teilen höchstrichterlich nicht geklärte Rechtsfragen gestellt haben und dies – weil es nicht Zweck einer Kostenentscheidung nach § 91a ZPO ist, Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu klären oder das Recht fortzubilden – durchaus für eine bloße Kostenaufhebung hätten sprechen können (st. Rspr., vgl. BGH v. 05.12.2018 - VII ZB 17/18, BeckRS 2018, 28

33914 Rn. 8; v. 07.02.2018 - VII ZB 28/17, BeckRS 2018, 1997 Rn. 10; v. 19.07.2011 - IX ZB 216/10, BeckRS 2011, 20955 Rn. 6; v. 28.10.2008 - VIII ZB 28/08, NJW-RR 2009, 422 Rn. 5; v. 08.06.2005 - XII ZR 177/03, NJW 2005, 2385 m.w.N.). Ein solches Vorgehen ist indes andererseits nicht zwingend (AA wohl *Zschieschack*, NZM 2019, 209), weil alternativ eine Billigkeitsentscheidung auch nur auf Grundlage einer rein summarischen Prüfung ergehen kann, bei der dann gleichsam davon abgesehen werden kann, in einer rechtlich schwierigen Sache allein zur Verteilung der Kosten noch alle für den Ausgang des ursprünglichen Rechtsstreits bedeutsamen Fragen des materiellen Rechts abschließend zu klären (vgl. etwa BGH v. 07.10.2008 - XI ZB 24/07, NJW-RR 2009, 425 Rn. 5; siehe auch etwa OLG Rostock v. 28.12.2009 - 3 W 66/09, BeckRS 2010, 9129). Dabei kann auch der mögliche Ausgang eines – im Verfahren nach § 91a ZPO nicht gebotenen – Vorabentscheidungsverfahrens nach Art 267 AEUV unter summarischer Prüfung vorweggenommen werden im Rahmen der Billigkeitsentscheidung (vgl. nur BGH v. 23.10.2018 - VIII ZR 96/16, BeckRS 2018, 28122 Rn. 11 m.w.N.).

2. Allein ein solches Vorgehen entsprach hier nach Ansicht des Senats der Billigkeit, denn die Verfügungsbeklagten wären jedenfalls bis zu der zuletzt unstreitig gewordenen (weitgehenden) Löschung des Rohmaterials und der erhobenen personenbezogenen Daten des Verfügungsklägers bei summarischer Prüfung der aufgeworfenen Fragen voraussichtlich im Kern unterlegen. 29

Dabei kommt es nicht im Detail darauf an, wie der Senat unter Anwendung des § 938 ZPO genau zu tenorieren gehabt hätte, zumal zu unterstellen ist, dass auf einen etwaigen Hinweis zur Antragstellung nach § 139 Abs. 1 S. 2 ZPO entsprechend reagiert worden wäre (vgl. für möglichen Verweisungsantrag im Rahmen des § 91a Abs. 1 ZPO ähnlich BGH v. 22.05.2019 - III ZR 16/18, BeckRS 2019, 12200 Rn. 18 m.w.N.). Vor diesem Hintergrund ist auch die Neufassung des Antrags in der Beschwerdeinstanz bedenkenfrei und wegen der weit gefassten Legaldefinition in Art. 4 Nr. 2 DSGVO entgegen der ersten Einschätzung in der Ladungsverfügung (Bl. 165 d.A.) nicht als (Teil-)Rücknahme anzusehen, was sonst für eine Kostenquotelung gesprochen hätte. Letztlich war das Begehren durchweg einheitlich auf eine umfassende Absicherung des Verfügungsklägers und nach der Ausstrahlung schlicht auf ein „Einfrieren“ des schon wegen der fehlenden Auskunftserteilung für den Verfügungskläger unsicheren Zustandes hinsichtlich der über ihn erhobenen personenbezogenen Daten gerichtet. Dass ein solcher Anspruch im Kern bestand, kann mit dem oben Gesagten im Rahmen der Billigkeitsentscheidung unterstellt werden. Neben dieser Berücksichtigung der Erfolgsaussichten waren im vorliegenden Fall auch keine anderen Sachargumente ersichtlich, die im Rahmen des § 91a Abs. 1 ZPO dann dagegen gesprochen hätten, den Verfügungsbeklagten die Kosten aufzuerlegen. 30

a) Bedenken an der Zulässigkeit des Antrages des Verfügungsklägers bestanden nicht. Ob die Betreuerin von Anfang an im Rahmen des § 1902 BGB den Verfahrensbevollmächtigten beauftragen und das Verfahren einleiten konnte, ist dabei irrelevant, weil jedenfalls die Anpassung des Aufgabenkreises, die nach dem Hinweis des Senats auf OLG Karlsruhe v. 14.10.1998 – 6 U 120/97, NJW-RR 1999, 1699 erfolgt ist, trägt. Die mit der Überreichung des entsprechenden Beschlusses konkludent erteilte Genehmigung der Betreuerin wirkt dann prozessual auch ohne weiteres zurück (statt aller Zöller/*Althammer*, a.a.O., § 89 Rn. 12 m.w.N.). Das Bestreiten der Betreuerbestellung sowie der Wohnanschrift durch die Verfügungsbeklagten war ersichtlich nur ins Blaue hinein erfolgt. Auch deren Ausführungen zur Höchstpersönlichkeit tragen nicht und würden am Ende nur dazu führen, einen von solchen Maßnahmen Betroffenen gänzlich schutzlos zu stellen. 31

32

b) Der Senat geht jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Löschung des Rohmaterials im Rahmen der Billigkeitsentscheidung vom Bestehen eines Verfügungsanspruchs aus und zwar mit Blick auf Unterlassungsansprüche des Verfügungsklägers gegen die beiden Verfügungsbeklagten aus §§ 1004 Abs. 1 S. 1 analog, 823 Abs. 1 BGB i.V.m. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht sowie aus §§ 1004 Abs. 1 analog, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 201, 201a, 203 StGB.

aa) Zwar hat das Landgericht zutreffend erkannt, dass hinsichtlich eines öffentlichen Verbreitens des (Roh-)Materials jedenfalls nach der unter Ausklammerung des Verfügungsklägers erfolgten Ausstrahlung der Sendung, richtigerweise aber auch schon zuvor, eine Erstbegehungsgefahr fehlt, zumal auch die zwischenzeitlichen Veranstaltungen in Universitäten nur die ausgestrahlte Sendung betrafen und mangels weiterer Angaben kein weiteres (zuvor nicht ausgestrahltes) Material. Im Grundsatz ist anerkannt, dass allein ein Anfertigen von Ton- und Filmaufnahmen als „Rohmaterial“ ohne Zusammenfügung des Materials, Abschluss der Recherchen und journalistische Ausarbeitung des geplanten Beitrags regelmäßig nicht die (Erstbegehungs-)Gefahr einer unmittelbar bevorstehenden rechtswidrigen Störung mit Blick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder das Recht am eigene Bild verletzende Verbreitungshandlungen begründen kann (st. Rspr., vgl. zuletzt Senat v. 18.03.2019 – 15 U 25/19, n.v.; siehe ferner OLG Hamburg v. 12.10.1999 – 7 W 73/99, AfP 2000, 188; LG Frankfurt v. 10.04.2003 - 17 O 165/03, AfP 2003, 471; *Burkhardt*, in: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 12 Rn. 36; *Weyhe*, in: Paschke/Berlit/Meyer, Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 3. Aufl. 2016, 38. Abschn. Rn. 15, 40. Abschn. Rn. 21; *Hegemann/Amelung*, in: Raue/Hegemann, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 15 Rn. 20; *Soehring*, in: Soehring/Hoene, PresseR, 5. Aufl. 2013, § 30 Rn. 13). Auch wenn die Rechtsprechung davon bisweilen gewisse Ausnahmen zugelassen hat (vgl. etwa OLG München v. 30.10.1991 – 21 U 4699/91, AfP 1992, 78 = BeckRS 1991, 31140749), dürfte auch vorliegend - trotz der grundsätzlichen Schutzbedürftigkeit des Verfügungsklägers - nichts anderes gelten (gegen solche Ausnahmen auch *Burkhardt*, a.a.O.). 33

bb) Indes ging es schon nach der Antragstellung weniger um die öffentliche Verbreitung. Hier kann und muss jedenfalls an die Herstellung der Ton- und Filmaufnahmen und die sonstige Datenerhebung durch die Verfügungsbeklagte zu 1), die Weitergabe durch diese an die Verfügungsbeklagten zu 2) und zudem an die Einschaltung externer Dritter (Mitarbeiter der externen Rechtsabteilung sowie Rechtsanwälte) durch die Verfügungsbeklagte zu 2) angeknüpft werden. Dabei hat das Landgericht schon zutreffend gesehen, dass der gesamte Vortrag der Verfügungsbeklagten zu den in der Station angefertigten Aufnahmen mit Blick auf deren zumindest greifende sekundäre Darlegungslast ersichtlich unzureichend war (und im Übrigen bis zuletzt geblieben ist). Der Verfügungskläger hat zu Recht darauf verwiesen, dass schon der außergerichtliche Schriftverkehr die Weitergabe der Informationen an die oben genannten Kreise belegt. Auch in den zuletzt vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen ist deutlich geworden, dass gerade auch die Krankheitssymptome des Verfügungsklägers und seine medizinische Versorgung Gegenstand der internen Besprechungen mit den Mitarbeitern der Verfügungsbeklagten zu 2) waren und dabei zugleich das diesen betreffende Bild- und Tonmaterial vorlag. 34

(1) Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung sprechen allerdings die besseren Gründe dafür, dass datenschutzrechtliche Anspruchsgrundlagen nicht zu Gunsten des Verfügungsklägers eingreifen, insbesondere kein Unterlassungsanspruch aus §§ 1004 Abs. 1 analog, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 9 Abs. 1 DSGVO abzuleiten ist. 35

36

(a) Denn die Regelung des Art. 9 DSGVO findet bei einer Verarbeitung zu – hier gegebenen – „journalistischen Zwecken“ durch von privaten Rundfunkveranstaltern und deren „Hilfs- und Beteiligungsunternehmen“ damit „befassten“ Personen gemäß § 9c Abs. 1 S. 4 bis 6 RStV keine Anwendung. Diese Regelung basiert – jedenfalls soweit es um den Ausschluss des in Kapitel II (Grundsätze) der DSGVO befindlichen Art. 9 DSGVO geht - auf der Öffnungsklausel in Art. 85 Abs. 2 DSGVO.

(b) Der Senat verkennt dabei ausdrücklich nicht, dass im Schrifttum mit durchaus starken Argumenten angezweifelt wird, ob die Öffnungsklausel mit Blick auf Erwägungsgrund Nr. 153 der DSGVO eine – in Deutschland in den verschiedenen Presse- und Mediengesetzen ähnlich wie in § 9c RStV weiter erfolgte – „pauschale“ Befreiung von den Vorgaben der DSGVO in der Tradition des sog. Medienprivilegs aus § 41 BDSG a.F. zulässt (vgl. kritisch etwa Simitis/*Dix*, DatenschutzR, 2019, Art. 85 Rn. 12, 31 f. BeckOK Datenschutzrecht/ *Stender-Vorwachs*, Ed. 27, Art. 85 Rn. 33 ff.; *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 2, 27, 31 ff.; *Specht/Bienemann*, in: Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 20; *Bennecke/Wagner*, DVBl. 2016, 600, 603 m.w.N.: wohl auch *Herb*, in: Beck´scher Kommentar zum RundfunkR, 4. Aufl. 2018, § 57 RStV Rn. 37a, 44a). Zwar hat der Bundesgerichtshof zu den inhaltlich ähnlichen Vorgaben in Art. 9 der früheren Richtlinie 95/46/EG ausgeführt, dass das in § 57 RStV a.F. enthaltene Medienprivileg „Ausfluss der in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verankerten Medienfreiheit“ sei und „ohne die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten auch ohne Einwilligung der jeweils Betroffenen journalistische Arbeit nicht möglich wäre und die Presse ihre in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK, Art. 11 Abs. 1 S. 1 GrCh zuerkannten und garantierten Aufgaben nicht wahrnehmen könnte“ (BGH v. 01.02.2011 – VI ZR 345/09, NJW 2011, 2285 Rn. 24 m.w.N.), doch war dies schon damals stark umstritten, u.a. weil man die als „Ausgleich“ für eine Befreiungsregelung vom Gesetzgeber als Argument angeführte Selbstregulierung durch die Presse (BT-Drs. 14/4329 zu Nr. 45, 46 f.) als lückenhaft empfand (vgl. etwa nur Simitis/*Dix*, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 41 Rn. 1, 6, 29, 43 m.w.N.). Auch der EuGH verlangt eine Beschränkung von etwaige Ausnahmen strikt auf „das absolut Notwendige“ (EuGH v. 16.12.2008 – Rs C-73/07, MMR 2009, 175 Rn. 56; v. 14.02.2019 – C-345/17, NVwZ 2019, 465 Rn. 63 f.). 37

(c) Ohne die hier nicht gebotene abschließende Prüfung hält es der Senat im Rahmen des § 91a ZPO für europarechtlich unbedenklich, an dem nationalen Ausschlusstatbestand festzuhalten (so wohl auch *Albrecht/Jason*, CR 2016, 500, 508; *Pötters*, in: Gola, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 21 f.; *Schiedermair*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 23; *Pauly*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 11, 14; *Burkhardt/Pfeifer*, in: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 1 Rn. 72 f. und besonders deutlich auch *von Strobl-Albeg*, in: Wenzel, a.a.O., Kap. 7 Rn. 127). Denn ähnlich wie der Senat zu §§ 22, 23 KUG und zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht für Fälle bereits tatsächlich erfolgter Veröffentlichungen ausgeführt hat (zuletzt Senat v. 18.04.2019 – 15 U 215/18, zur Veröffentlichung bestimmt), kann auch im hier vom Antrag primär nur betroffenen „Vorfeld“ einer möglichen Presseberichterstattung ein einzelfallgerechter Schutz der Betroffenen im nationalen Recht durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht und seine richtige Handhabung sichergestellt werden (vgl. wohl auch *Pötters*, a.a.O.). Dann aber bestehen auch mit Blick auf Erwägungsgrund Nr. 153 der DSGVO und die zitierte Rechtsprechung des EuGH keine generellen europarechtlichen Bedenken an § 9b RStV (vgl. auch – ebenfalls ohne abschließende Klärung - Senat v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, BeckRS 2018, 12712). Eine Datenerhebung und – verarbeitung zu journalistischen Zwecken kann über das wegen der Nichteinschlägigkeit der DSGVO dann ohne weiteres zu prüfende allgemeine Persönlichkeitsrecht (hier insbesondere in der 38

Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung) so je nach Ausgang der gebotenen Abwägung beispielsweise Unterlassungsansprüche bei einer „Fixierung“ von personenbezogenen Daten und deren Verarbeitung begründen, wobei im Rahmen der Abwägung die widerstreitenden Grundrechte auch solche aus der EMRK und der GrCh in Einklang zu bringen sind. Bei der Abwägung können zudem auch besondere Schutzargumente aus der DSGVO in richtlinienkonformer Auslegung Berücksichtigung finden und so etwa die schutzwürdigen Interessen bei besonderen Kategorien von Daten i.S.d. Art. 9 Abs. 1 DSGVO bei der Abwägung besonders gewichtet werden (vgl. ähnlich bei besonders schutzwürdigen Informationen EGMR v. 18.01.2011 – 39401/04, NJOZ 2012, 335 – Drogentherapie). Diese einzelfallgerechte Lösung hat mit Blick auf die Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK, Art. 11 Abs. 1 S. 1 GrCh) den Vorteil, die (wichtige) Recherchetätigkeit der Presse als „public watchdog“ von allzu strengen Verboten mit Erlaubnisvorbehalt, wie sie die DSGVO bisweilen kennt, freizuhalten und die mit Recherchemaßnahmen erfolgenden Eingriffe - jedenfalls außerhalb in Betracht kommender strafrechtlicher Tatbestände (dazu unten) – einer große Spielräume lassenden Einzelfallabwägung zu unterwerfen. Im Gegenzug würde bei einer abweichenden Lesart die nationale Befreiungsvorschrift (hier: § 9c RStV) aufgrund des Anwendungsvorrangs der DSGVO (wohl) verdrängt (vgl. statt aller *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., 2016, Art. 1 Rn. 16 ff. m.w.N., zu möglichen Ausnahmen für Übergangszeiträume EuGH v. 08.09.2010 - Rs. C-409/06, MMR 2010, 838 Rn. 67). Dann wäre die Presse allein auf die Erlaubnistatbestände in Art 6 Abs. 1 lit f) DSGVO und ggf. die zusätzlichen Anforderungen aus Art. 9 DSGVO zu verweisen, wobei sich möglicherweise weitere Probleme dadurch stellen würden, dass die Sonderregelungen in §§ 22, 24, 27 f. BDSG ersichtlich nicht auf journalistische Tätigkeiten zugeschnitten sind.

(2) Der hier verfolgte reine Unterlassungsantrag ließ sich auch nicht auf § 9c Abs. 3 S. 4 RStV stützen, mag nach dem eigenen Vorbringen der Verfügungsbeklagten zuletzt auch der Speicheranlass entfallen sein. 39

(3) Indes geht der Senat davon aus, dass Unterlassungsansprüche (§ 1004 Abs. 1 BGB analog) aufgrund einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Recht auf informationelle Selbstbestimmung) bestanden haben, weil hier jedenfalls flankierend zusätzlich auch strafrechtliche Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB als verletzt anzusehen waren und zumindest dies für einen umfassenden Abwehranspruch auch aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht genügen musste. Die Verfügungsbeklagten haben – was Hauptgrund für die Auferlegung der Kosten im Zuge der Billigkeitsentscheidung war – zu theoretisch denkbaren Rechtfertigungsgründen für ihre investigativen Recherchen schon rein tatsächlich nicht ausreichend vorgetragen, was zu ihren Lasten gehen musste: 40

(a) Die §§ 201, 201a, 203 StGB haben Schutzgesetzcharakter i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB (vgl. allg. MüKo-BGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 525). Der Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB erfasst in entsprechender Anwendung auch jedwede Schutzgesetzverletzungen i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB (Palandt/*Sprau*, BGB, 78. Aufl. 2019, Einf § 823 Rn. 28), zumal der Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB und der aus §§ 823 Abs. 2, 249 ff. BGB sonst ableitbare Ersatzanspruch ohnehin in Anspruchskonkurrenz stehen und von den Anspruchsinhalten oft nicht abzugrenzen sind (zuletzt etwa BGH v. 26.10.2018 – V ZR 328/17, NJW 2019, 1216). 41

(b) Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung spricht alles dafür, anzunehmen, dass die Verfügungsbeklagte zu 1) durch die Weitergabe des Rohmaterials an die weiteren Mitarbeiter der Verfügungsbeklagten zu 2) den Straftatbestand des § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB und des § 42

201a Abs. 1 Nr. 3 StGB ebenso verwirklicht hat wie – insofern durch Weitergabe der erhobenen Informationen zu dessen Behandlung und zu seinem Gesundheitszustand - zudem den Straftatbestand des § 203 Abs. 4 S. 1 StGB.

(aa) Zu § 201 StGB gilt Folgendes: 43

((1)) Die – wie gezeigt nicht ausreichend bestrittenen - Tonaufnahmen (auch) vom Verfügungskläger in der geschlossenen Station betrafen das „nicht öffentlich gesprochene Wort eines anderen“, welches von der Verfügungsbeklagten zu 1) auf einen Tonträger aufgenommen worden ist. Schutzgegenstand ist das nichtöffentlich, also an einen abgegrenzten Personenkreis gerichtete gesprochene Wort. Soweit die Verfügungsbeklagten u.a. wegen der öffentlichen Besuchszeiten und der sich jedenfalls nicht durchweg nur unfreiwillig in der Station aufhaltenden Patienten eine Nichtöffentlichkeit des dort gesprochenen Worts unter dem Gesichtspunkt der sog. „faktischen Öffentlichkeit“ diskutiert haben (zu solchen Fällen *Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 201 Rn. 4; Sch/Sch*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 201 Rn. 9; MüKo-StGB/*Graf*, 3. Aufl. 2017, § 201 Rn. 18) bezweifelt haben, trägt das hier nicht, vor allem, weil Vortrag zu den konkreten Aufnahmesituationen - der im Zuge der sekundären Darlegungslast aber geboten gewesen wäre – fehlt und die Verfügungsbeklagte zu 2) nach ihren Angaben im Termin den Verfügungskläger vor allem bei Besuchen auf seinem Zimmer gefilmt hat, wo erst recht keine „faktische Öffentlichkeit“ bestanden hat. 44

((2)) Das „Gebrauchen“ der „so hergestellten Aufnahme“ ist schon das einfache Vorspielen vor einem Dritten; das – oft nicht abgrenzbare (zu den Details Sch/Sch/*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 201 Rn. 17 m.w.N.) - Zugänglichmachen das Überlassen der Aufnahme an einen Dritten (*Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 201 Rn. 6). Soweit die Verfügungsbeklagten meinen, dass eine Zusammenarbeit von Journalisten im redaktionellen Bereich generell dazu führen muss, dass man nicht mehr von einem „Dritten“ i.S.d. § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB sprechen könne, überzeugt das den Senat nicht. Eine verfassungskonforme Einschränkung der Strafnorm in dem Sinne, dass wegen Art. 5 Abs. 1 GG die Presse im Recherchestadium generell und umfassend zu schützen sei, wäre überschießend, zumal – wie sogleich auszuführen ist – eine Rechtfertigung durchaus einzelfallgerecht auf Ebene der „Unbefugtheit“ möglich bleibt. Es ist verfassungsrechtlich auch nicht geboten, jedwede Eigenrecherchen der Presse über einen absoluten Vorrang der Pressefreiheit zu schützen (vgl. BVerfG v. 10.10.1987 – 2 BvR 1434/86, NJW 1989, 329 zur Beschlagnahme). Für eine solche Sichtweise streitet auch, dass selbst bei § 203 StGB eine Weitergabe an andere Berufsgeheimnisträger trotz der auch bei diesen bestehenden Schweigepflicht strafbar ist (statt aller Sch/Sch/*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 203 Rn. 22 m.w.N.); hier kann schwerlich anderes gelten. 45

((3)) Ob – wie die Verfügungsbeklagten meinen - (ungeschrieben) die „Sozialädaquanz“ von bestimmten Handlungen im Rahmen des § 201 StGB tatbestandsausschließend sein kann (so *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 201 Rn. 14), kann dahinstehen, denn es ist nach Ansicht des Senats keinesfalls „sozial üblich“, dass sich unter falschen Angaben einschleusende Praktikanten auf einer geschlossenen Abteilung ungefragt Film- und Tonaufnahmen von Patientinnen und Patienten anfertigen. 46

((4)) Der Senat geht im Rahmen der Billigkeitsentscheidung davon aus, dass die Verfügungsbeklagte zu 1) auch „unbefugt“ handelte. Das Merkmal verweist jedenfalls außerhalb einer Einwilligung des Betroffenen anerkanntermaßen nur auf die allgemeinen Rechtfertigungsmöglichkeiten (Sch/Sch/*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 201 Rn. 29 ff.; *Fischer* , StGB, 66. Aufl. 2019, § 201 Rn. 9 ff.). Soweit auf S. 6 des Schriftsatzes vom 26.06.2019 47

(Bl. 346 d.A.) und auf S. 3 des Schriftsatzes vom 03.07.2019 (Bl. 422 d.A.) über eine mögliche Einwilligung des Verfügungsklägers oder auch eine Genehmigung durch diesen spekuliert wird, ist das fernliegend und es fehlt jedenfalls eine Glaubhaftmachung durch die Verfügungsbeklagten. Die nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen für das Eingreifen von Rechtfertigungsgründen darlegungs- und beweisbelasteten Verfügungsbeklagten haben aber im Übrigen nach Ansicht des Senats jedenfalls ausreichenden Sachvortrag nebst Glaubhaftmachungsmitteln vermissen lassen.

((a)) Die Sonderregelung in § 201 Abs. 2 S. 3 StGB, die eigens (nur) für Fälle des § 201 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 StGB geschaffen und von der Gesetzesbegründung auch ausdrücklich darauf beschränkt worden ist (vgl. BT-Drs. 11/7414 S. 4 f.; BT-Drs. 11/6714, S. 4), ist nach richtiger Auffassung schon mangels Regelungslücke keinesfalls erweiternd auszulegen (AA *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 201 Rn. 15). Denn diese enge Sonderregelung soll der Presse unter dem Eindruck von Art. 5 Abs. 1 GG und gerade mit Blick auf BVerfG v. 25.01.1984 – 1 BvR 272/81, NJW 1984, 1741 allenfalls die spätere Veröffentlichung der von Dritten rechtswidrig erlangten Informationen in bestimmten Fällen auch über die sonst nur in Betracht kommende Rechtfertigung nach § 34 StGB hinaus erlauben (vgl. BT-Drs. 11/6714 S. 4, 11/7414 S. 4). Diese Sonderregelung betrifft damit schon im Ansatz nicht eigene Recherchen und/oder die Veröffentlichung selbst recherchierten Materials (gegen jede Erweiterung der Norm etwa auch MüKo-StGB/*Graf*, 3. Aufl. 2017, § 201 Rn. 55a; Sch/Sch/*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 201 Rn. 32; SK-StGB/*Hoyer*, 9. Aufl. 2017, § 201 Rn. 34; NK-StGB/*Kargl*, 5. Aufl. 2017, Vorb zu §§ 201 ff Rn. 12, § 201 Rn. 27; wohl auch *Soehring*, in: Soehring/Hoene, PresseR, 5. Aufl. 2013, § 10 Rn. 7d). Die im Schrifttum teils diskutierten vorsichtigen Erweiterungen des Anwendungsbereichs bei bestimmten Vorbereitungshandlungen (dazu Sch/Sch/*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 201 Rn. 33, 33a; ähnlich SK-StGB/*Hoyer*, 9. Aufl. 2017, § 201 Rn. 36) scheitern hier schon mangels späterer Veröffentlichung. 48

((b)) Die Existenz der eng gefassten Sonderregelung zeigt systematisch, dass es daneben keinen allgemeinen (ungeschriebenen) Rechtfertigungsgrund für die eigene Informationsbeschaffung durch Presse und Rundfunk geben soll, so dass diese allein auf die allgemeinen Rechtfertigungsmöglichkeiten aus § 34 StGB mit ihren engen Grenzen zu verweisen wäre (deutlich etwa Sch/Sch/*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 201 Rn. 31 c, 32; MüKo-StGB/*Graf*, 3. Aufl. 2017, § 201 Rn. 54; SK-StGB/*Hoyer*, 9. Aufl. 2017, Vor § 201 Rn. 16, § 201 Rn. 37, 38, 44; *Wölfl*, Jura 2000, 231, 234). Es sprechen aber gute Gründe dafür, dies dies im Lichte des Art 5 Abs. 1 GG für zu eng zu halten. Zwar hat das BVerfG (v. 25.01.1984 – 1 BvR 272/81, NJW 1984, 1741) in bewusster Abgrenzung zur späteren öffentlichen Verbreitung rechtswidrig erlangter Informationen ausgeführt, dass weder das Grundrecht der Freiheit der Meinungsäußerung noch die Pressefreiheit auch eine rechtswidrige Beschaffung von Informationen schützen, Verhalten wie das hier vorliegende unter das Verbot zu fassen wäre und dann auch das Grundrecht der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 GG) eine Recherche nicht rechtfertigen kann, weil es sich nicht um „allgemein zugängliche Quellen“ handele (ähnlich streng daher etwa OLG Stuttgart v. 08.07.2015 – 4 U 182/14, BeckRS 2015, 12149 Rn. 128 für heimliche Herstellung von Filmaufnahmen). Verbreitet wird aber eine entsprechende Anwendung des § 193 StGB, die Anerkennung eines ungeschriebenen Rechtsfertigungsgrundes einer Verfolgung überwiegender Interessen und/oder eine grundrechtskonforme Auslegung des Tatbestandsmerkmals „unbefugt“ bzw. alternativ des § 34 StGB befürwortet (für letzteres eher OLG München v. 20.01.2005 – 6 U 3236/04, juris Rn. 129 bei investigativen Recherchen mit Aufnahmen zur Aufdeckung von Schleichwerbung; ähnlich OLG Düsseldorf v. 26.10.2011 – 15 U 101/11, BeckRS 2011, 26029; siehe allg. auch *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 49

2018, § 201 Rn. 15). Für eine darin liegende Einzelfallabwägung auch bei Eigenrecherchen der Presse sprechen – ähnlich wie *Hegemann*, AfP 2019, 12, 18 meint - in Anlehnung an die Entscheidung des EGMR v. 24.02.2015 – 21830/09 (NJOZ 2016, 1505 Rn. 50 ff. – Haldimann) gute Gründe. Dort hat der EGMR für die strafrechtliche Behandlung (dort einer Veröffentlichung) Abwägungskriterien ((1) der Beitrag des Berichts zu einer Diskussion von allgemeinem Interesse, (2) der Bekanntheitsgrad des Betroffenen, (3) der Gegenstand des Berichts, (4) das vorherige Verhalten des Betroffenen, (5) die Art und Weise, wie die Informationen erlangt worden sind und ihre Richtigkeit, Inhalt, Form und Auswirkungen der Veröffentlichung sowie (6) die Schwere der Sanktion) erörtert und – zu Recht – die Bedeutung der Recherchefreiheit betont.

((aa)) Sieht man das so, sprechen wiederum gute Gründe dafür, dass eine Rechtfertigung hier nicht schon deswegen ausgeschlossen wäre, weil man (wie die fehlende Ausstrahlung zeigt) auf „K“ letztlich wohl gar keine erheblichen Missstände aufgefunden hat und/oder der von den Recherchen betroffene Verfügungskläger etwaige Missstände selbst ohnehin nicht zu verantworten hätte, sondern deren „Opfer“ gewesen wäre. Ohne abschließende Klärung würde denn alles für eine Behandlung nach folgenden Grundsätzen sprechen: Da es in der Natur einer Recherche liegt, dass ihr keine Gewissheit zu Grunde liegt, sondern nur ein Verdacht, dem nachzugehen ist (OLG Karlsruhe v. 04.08.2006 – 14 U 90/06, NJW-RR 2006, 1551), müsste es bei der gebotenen Abwägung vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG zunächst auch umfasst sein, dass die Presse im Grundsatz selbst entscheiden darf, wann ein Verdacht für sie eine die weitere Recherche rechtfertigende „Dichte” aufweist und welche Recherchemaßnahmen dann als geeignet und erforderlich anzusehen sind, um den Sachverhalt zu klären. Dies würde die staatlichen Gerichte wiederum nicht von einer eigenen Abwägungsentscheidung entbinden: Je geringer auf der einen Seite die Verdachtsmomente sind, die die Presse zum Anlass für ihre auch in das Persönlichkeitsrecht eines Betroffenen eingreifende Recherchen nimmt, und je gravierender auf der anderen Seite diese Eingriffe tatsächlich sind, umso eher könnten Recherchemaßnahmen unverhältnismäßig und vom Betroffenen nicht mehr hinzunehmen sein (ähnlich auch OLG Karlsruhe a.a.O.). So könnte etwa ein eher geringer Verdachtsgrad im Zuge der Verhältnismäßigkeitsprüfung zwar u.U. dennoch schon verdeckte Recherchen tragen und auch eine interne Redaktionsarbeit über die dabei zutage tretenden Geschehnisse. Daher wäre auch die Argumentation der Verfügungsbeklagten, dass allenfalls noch ein „einsamer Wolf“ recherchieren könnte und die gerade bei größeren Recherchen gebotenen Rechercheverbünde und Teamarbeiten untersagt würden, im Ansatz schon verfehlt. Es ginge vielmehr stets um eine Abwägung, wann (jedenfalls bis zu weiteren Anhaltspunkten) nur (einfach) recherchiert werden darf und noch keine weitergehenden Maßnahmen (wie etwa Filmaufnahmen in geschützten Bereichen, eine Erhebung und Auswertung von Gesundheitsdaten etc.) gerechtfertigt erscheinen. Keinesfalls dürfte es aber zugelassen werden, allein durch Berufung auf den Grundsatz der Pressefreiheit mehr oder beliebig heimliche Aufnahmen eines Gespräches eines Journalisten mit einer anderen Person zu fertigen, die hiervon keine Kenntnis hat, solange keine Interessen betroffen sind, welche zumindest möglicherweise einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund beinhalten könnten (vgl. auch MüKo-StGB/*Graf*, 3. Aufl. 2017, § 201 Rn. 55; siehe auch OLG Düsseldorf v. 26.10.2011 – 15 U 101/11, BeckRS 2011, 26029, wo der ausgestrahlte Bericht zudem auch verfälschend war; nur über unentschuldbaren Verbotsirrtum lösend AG Eschweiler v. 09.02.2012 – 30 Ds 95/11, BeckRS 2013, 10172; krit. dazu wiederum etwa MüKo-StGB/*Joecks*, 3. Aufl. 2017, § 17 Rn. 77; MüKo-StGB/Graf, a.a.O., § 201 Rn. 55). 50

Bei dieser Abwägung und Verhältnismäßigkeitsprüfung wäre - letztlich im Einklang mit den genannten Abwägungskriterien aus der Haldimann-Entscheidung zu (1) – (5) – zudem der 51

Umfang des „Freiraums“ im Recherchestadium vorsichtig mit dem (hypothetischen) Umfang einer späteren Berechtigung zur Veröffentlichung auf einer zeitlich nachgelagerten Stufe abzustimmen. Geht es – wie hier wegen der engen Verbundenheit – um Fälle, in denen sich der möglicherweise später Publizierende Informationen selbst widerrechtlich durch Täuschung in der Absicht verschafft hat, sie gegen den Getäuschten zu verwerten, hat nach der Rechtsprechung (BGH v. 10.04.2018 – VI ZR 396/16, NJW 2018, 2877 Rn. 23 f.) eine Veröffentlichung „grundsätzlich“ zu unterbleiben. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt nur in Betracht, wenn die Bedeutung der Information für die Unterrichtung der Öffentlichkeit und für die öffentliche Meinungsbildung eindeutig die Nachteile überwiegt, die der Rechtsbruch für den Betroffenen und die Geltung der Rechtsordnung nach sich ziehen muss. Das wird „in der Regel“ zwar nicht der Fall sein, wenn die in der dargelegten Weise widerrechtlich beschaffte und verwertete Information Zustände oder Verhaltensweisen offenbart, die „ihrerseits nicht rechtswidrig“ sind; denn dies deutet darauf hin, dass es sich nicht um Missstände von erheblichem Gewicht handelt, an deren Aufdeckung ein überragendes öffentliches Interesse besteht. Aber dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis ist nicht zu streng zu deuten, wenn – wie hier denkbar – nur ein ganz erhebliches öffentliches Interesse an einem möglicherweise zwar selbst (noch) nicht rechtswidrigen „Missstand“ besteht (vgl. nur Senat v. 16.11.2017 – 15 U 187/16, n.v., S. 40 ff.; siehe auch OLG Hamburg v. 27.11.2018 – 7 U 100/17, AfP 2010, 169 – juris Rn. 20 – 35; OLG Stuttgart v. 08.07.2015 – 4 U 182/14, BeckRS 2015, 12149 Rn. 138 f. und *Hegemann*, AfP 2019, 12, 15 f.).

Soweit der Verfügungskläger schließlich damit argumentiert, dass er selbst letztlich ein außenstehender Dritter und „Opfer“ sei und deswegen in seine Rechte auch nicht durch Recherchemaßnahmen eingegriffen werden dürfte, dürfte das ebenfalls zu eng sein: Zwar wird auch im Schrifttum zu § 201a StGB angenommen, dass investigativer Journalismus nur gerechtfertigt sein könne, wo man einen Betroffenen selbst bei einer Tat „in flagranti“ erwische (so SK-StGB/*Hoyer*, 9. Aufl. 2017, § 201a Rn. 29). Dieses Verständnis dürfte jedoch zu eng sein: Ist etwa ein ausreichend konkreter Verdacht eines „Missstandes von erheblichem Gewicht“ im oben aufgezeigten Sinne gegeben und sind daher Eigenrecherchen möglich, müsste folgerichtig auch ein Eingriff in Rechte unbeteiligter Dritter in Anwendung des Rechtsgedankens des § 904 BGB zumindest im Recherchestadium im Einzelfall möglich bleiben - wobei natürlich eine spätere identifizierende Berichterstattung über derartige („unschuldige“) Personen als „Kollateralschäden“ auf der zeitlich nachgelagerten Stufe einer möglichen späteren öffentlichen Verbreitung regelmäßig ausgeschlossen wäre. Soweit es nur um die reine Recherche und die Aufdeckung erheblicher Missstände sowie ihre beweissichere Dokumentation geht, würde man hingegen auch im Verhältnis zu solchen Dritten im Einzelfall – bei gebotener Abwägung der widerstreitenden Interessen unter Beachtung der Schutzwürdigkeit der Dritten - eine Rechtfertigung finden, wenn die „erheblichen Missstände“ sonst nicht aufzudecken wären und die berechtigten Interessen Dritter daher im Einzelfall – was die Recherche angeht, nicht aber die spätere identifizierende Veröffentlichung – zurücktreten. Um ein Beispiel zu geben, könnte es dann etwa zulässig sein, bei einem Aufenthalt in einer psychiatrischen Klinik strafbare Misshandlungen eines Schutzbefohlenen durch einen „in flagranti“ erwischten Klinikmitarbeiter zu filmen und dabei (auch) das „Opfer“ mit aufzunehmen (mit dem Ziel der später verpixelten Ausstrahlung) und ggf. auch zufällig anwesende Dritte (etwa eine Reinigungskraft). Wird ein hochrangiger Politiker bei verdeckten Recherchen einer Straftat überführt oder jedenfalls ein erheblicher Missstand von öffentlichem Interesse durch versteckte Kamera aufgezeichnet, könnte u.U. auch etwa ein zufällig anwesender Mitarbeiter des Politikers oder ein Leibwächter am Rande mit zum Gegenstand der Recherche und Beweissicherung gemacht werden (und muss die Datenerhebung dulden). Auch wenn etwa Telefon-, Brief- oder Emailverkehr von Politikern zum Gegenstand von verdeckten Recherchen gemacht werden und dabei erhebliche 52

Missstände auftreten, könnte der jeweilige Empfänger solche Maßnahmen zu dulden haben (z.B. beim Nachweis eines Sozialhilfebetruges des Politikers bei einem unehelichen Kind). Letztlich würde es sich dabei jeweils um eine Einzelfallabwägung handeln, zugegeben mit allen damit dann zwangsläufig auch verbundenen Unsicherheiten.

((bb)) Ob und wie man solche Fragen im Rahmen der „Unbefugtheit“ zu prüfen hat, bedarf keiner endgültigen Klärung. Denn selbst wenn man den aufgezeigten weiten Möglichkeiten zur Ermöglichung investigativer Pressearbeit folgen würde, spricht im vorliegenden Fall alles für die Erfolgsaussichten des Antrages. Denn ausreichender Vortrag der darlegungsbelasteten Verfügungsbeklagten zur „Befugtheit“ ihrer im Streit stehenden Handlungen fehlt; insbesondere mit Blick auf das Bestreiten des Verfügungsklägers auf S. 3 f. des Schriftsatzes vom 27.06.2019 (Bl. 370 f. d.A.). 53

Soweit etwa Unterlagen zu einem angeblichen konkreten Verdacht gegen die Klinik gerade die hier betreffende Station vorgelegt worden sind, sind die Unterlagen teilweise zeitlich erst später erstellt (Betriebsratsunterlagen von 26.04.2019, Anlage AG 5, Bl. 215 ff. d.A.) und/oder betrafen andere Einrichtungen des Klinikträgers (Anlage AG 6, Bl. 217 ff. d.A., Anlage AG 7, Bl. 227 ff d.A.). Soweit die Verfügungsbeklagten im Termin damit argumentiert haben, dass ein genereller Verdacht gegen einen Klinikträger letztlich auf alle dessen Häuser und Niederlassungen ausstrahlen würde, vermag der Senat das so pauschal nicht zu teilen. 54

Dass es - wie auf S. 4 des Schriftsatzes vom 05.06.2019 (Bl. 198 d.A.) angedeutet - konkrete Hinweise eines prominenten Mitglieds der Ärzteschaft gerade zu der konkreten Klinik und Station gegeben haben soll, ist nicht ausreichend glaubhaft gemacht. Soweit die Verfügungsbeklagten sich zuletzt auf einen „Informantenschutz“ berufen haben, steht das weiterem Vortrag zur Rechtfertigung nicht entgegen, zumal – wie in anderen Fällen (vgl. allg. auch *Burkhardt*, in: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap 12 Rn. 134 und Senat v. 19.10.2017 – 15 U 161/16, BeckRS 2017, 143085 Rn. 18 auch zu den Grenzen) – dann auch Redaktionsmitglieder als sog. „Zeugen vom Hörensagen“ hätten agieren und eidesstattliche Versicherungen mit belastbaren Angaben hätten abgeben können. Die wenigen Angaben dazu in den im Termin überreichten eidesstattlichen Versicherungen (Bl. 445 ff. d.A.) blieben aber zu vage, zumal dabei nicht deutlich geworden ist, was sich genau auf die A-Klinik bezogen hat und was hier erst „im Verlauf der Recherche“ – also nach deren Beginn – bekannt geworden ist. Insofern wäre aber im Zuge der sekundären Darlegungslast weiterer Vortrag geboten gewesen, weil *spätere* tatsächliche Erkenntnisse, die ggf. ab dann weitergehende Recherchetätigkeiten hätten rechtfertigen können, nicht (rückwirkend) zum Wegfall der Rechtswidrigkeit bei früheren (ungerechtfertigten) Handlungen führen können. Wie im Termin erörtert, ist zudem im Ansatz dem Senat schon nicht erkennbar, dass und warum sogleich – offenbar recht umfassend - verdeckte Filmaufnahmen von den Patientinnen und Patienten geboten waren, weil es bei gebotener Abwägung gerade bei anfangs nur eher vagen Anhaltspunkten durchaus sachgerecht sein könnte, erst einmal nur (einfach) verdeckt zu recherchieren und dann erst später (zusätzlich) Ton- und Bildaufnahmen zu fertigen und dabei situationsbezogen zu differenzieren. Die diesbezüglichen Angaben der Verfügungsbeklagten zum Ausschalten der Kamera im Termin vor dem Senat blieben insgesamt zu hölzern, um überzeugend zu wirken. Zudem ist bei der gebotenen Abwägung – auch mit Blick auf Art 9 DSGVO (s.o.) – zu berücksichtigen, dass in einer geschlossenen psychiatrischen Abteilung ein nicht unerheblicher Anteil der Patientinnen und Patienten an krankhaften Wahnvorstellungen leidet, heimlich belauscht und/oder beobachtet zu werden und daher eine heimliche Ausforschung im Zweifel hier besonders strengen Anforderungen unterworfen werden muss. 55

56

Soweit die Verfügungsbeklagten zuletzt anführen, dass sich der Verdacht im konkreten Fall letztlich schnell als begründet herausgestellt habe (vgl. etwa S. 6 des Schriftsatzes vom 05.06.2019, Bl. 200 d.A.), trägt auch dies hier keine den Verfügungsbeklagten günstigere Sichtweise. Richtig ist zwar, dass hier im Rahmen des § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht an die Herstellung der Aufnahmen, sondern die Weitergabe an die Verfügungsbeklagte zu 2) angeknüpft wird und deswegen insofern – anders als beim Herstellen (§ 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB) – auch spätere Erkenntnisse für eine Rechtfertigung zu nutzen wären. Aber auch insofern bleibt das Vorbringen im Tatsächlichen unzureichend: Sofern ein „erheblicher Missstand“ in Form einer rechtswidrigen „Zwangsmedikation“ (vage) vermutet und die vom Verfügungskläger dazu behaupteten Absprachen nur einfach bestritten worden sind (S. 10/17 ff. des Schriftsatzes vom 05.06.2019, Bl. 204/211 ff. d.A.) und soweit die Verfügungsbeklagte zu 1) etwa auf S. 8 f. des Schriftsatzes vom 03.07.2019 (Bl. 427 f. d.A.) eher vage ihre Beobachtungen vor Ort geschildert hat, ist schon fraglich, ob damit ein „erheblicher Missstand“ zu begründen wäre. Selbst wenn man der eidesstattlichen Versicherung der Verfügungsbeklagten zu 1) (Bl. 445 f.d.A.) schlussendlich sogar Anhaltspunkte für eine unsachgemäße Behandlung und Medikation entnehmen wollte, fehlen zum einen nähere Angaben zu den zeitlichen Abläufen (konkret: Wann lagen welche Erkenntnisse vor und wann soll damit die Weitergabe wann erstellten Materials gerechtfertigt gewesen sein?). Zum anderen ist das Gewicht des angeblichen Missstandes u.U. doch etwas geringer, weil selbst vorgetragen wird, dass man sich um eine Verlegung des Verfügungsklägers in eine Spezialeinrichtung bemüht hat und nur zunächst keinen Platz hat finden können; bei der Abwägung wäre – wie aufgezeigt – die besondere Schutzwürdigkeit der Patientinnen und Patienten zu Lasten der Verfügungsbeklagten zu berücksichtigen.

((c)) Schließlich kann die Verfügungsbeklagte zu 1) eine Rechtfertigung nicht daraus ableiten, dass sie den Verfügungskläger als konkret Betroffenen hat schützen wollen (vgl. zu § 203 StGB etwa mit einem Beispiel MüKo-StGB/*Cierniak/Niehaus*, 3. Aufl. 2017, § 203 Rn. 88). Denn allen Beteuerungen zum Trotz ging es ihr ersichtlich nicht um eine Hilfe durch Dokumentation von Missständen zur in der Zweck-Mittel-Relation dann allein gebotenen Einschaltung von Betreuerin und/oder Behörden im konkreten Einzelfall, sondern um Material für die betreffende Sendereihe, was sich hier schon daran zeigt, dass selbst nach der Entscheidung gegen die Ausstrahlung offenbar nichts in Sachen des Verfügungsklägers unternommen wurde. 57

((5)) Im Rahmen des Unterlassungsanspruchs kommt es auf ein Verschulden zwar nicht an. Die Verfügungsbeklagte zu 1) handelte – weil sie sich allenfalls in einem entschuldbaren Verbotsirrtum befand – aber ohnehin auch schuldhaft, wobei hier im Zivilrecht bei § 823 Abs. 2 BGB nicht die dort sonst herrschende sog. Vorsatztheorie gilt, sondern allein strafrechtliche Kategorien anzuwenden sind (statt aller Palandt/*Sprau*, BGB, 78. Aufl. 2019, § 823 Rn. 61). Deswegen greift es auch ersichtlich nicht durch, soweit die Verfügungsbeklagten auf S. 8 f. des Schriftsatzes vom 26.06.2019 (Bl. 348 f. d.A.) auf einen fehlenden Vorsatz berufen, weil die dort zitierten Fälle ersichtlich andere Konstellationen betrafen (wie etwa einen Irrtum über die Umstände einer Aufzeichnung bei OLG Düsseldorf v. 25.01.1995 - 1 Ws 904, 969/94, NJW 1995, 975). Der Irrtum über die Erlaubtheit eines Vorgehens lässt einen Vorsatz gerade nicht entfallen (grundlegend OLG Karlsruhe v. 09.11.1978 - 2 Ss 241/78, NJW 1979, 1513). 58

((6)) Die im Rahmen der Billigkeitsentscheidung angenommene Verletzungshandlung begründete nach allgemeinen Grundsätzen eine tatsächliche Vermutung der Wiederholungsgefahr. Gründe dafür, dass diese Vermutung hier ohne Abgabe strafbewehrter Unterlassungsverpflichtungserklärungen in Wegfall geraten ist, vermag der Senat nicht zu erkennen. Allein die Tatsache, dass es fernliegend erscheinen mag, dass die 59

Verfügungsbeklagte zu 1) nochmals Aufnahmen fertigen würde – was ohnehin nicht von dem Antrag umfasst war (§ 308 ZPO) –, schloss jedenfalls bis zur Löschung des Rohmaterials allein nicht hinreichend weitere Verletzungen aus. Der Senat hält es auch mit Blick auf den nicht vom Ausschlusstatbestand in § 9b RStV erfassten Art. 79 Abs. 1 DSGVO in Kapitel VIII der DSGVO für untunlich, zu weit Ausnahmen zuzulassen. Denn sonst wäre man ohnehin gezwungen, aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes eine Art „zivilrechtliche Fortsetzungsfeststellungsklagen“ zuzulassen (so für Stadionverbot BGH v. 30.10 2009 - V ZR 253/08, NJW 2010, 534 Rn. 9 f.).

(bb) Es spricht auch im Rahmen des § 91a Abs. 1 ZPO alles für die Annahme, dass die Verfügungsbeklagte zu 1) auch den Straftatbestand des § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB verwirklicht hat. 60

((1)) Sie hat vom Verfügungskläger als „andere Person“, die sich „in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum“ befand, eine Identifizierbarkeit für Dritte ermöglichende (vgl. zum Streitstand insofern BGH v. 26.02.2015 ? 4 StR 328/14, NStZ 2015, 391) Bildaufnahmen hergestellt und diese gebraucht bzw. einer dritten Person zugänglich gemacht hat, da auch dafür die reine Zugriffsermöglichung genügt (vgl. *Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 201a Rn. 16). Der Begriff der „Wohnung“ entspricht dem des § 123 StGB (*Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 201a Rn. 7) und der „gegen Einblick besonders geschützte Raum“ verlangt eine Abschirmung zum Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs, den man bei summarischer Prüfung bei einer geschlossenen psychiatrischen Station annehmen kann. Soweit etwa bei Mehrfamilienhäusern von den Wohnungen getrennte Hausflure und Treppenhäuser im Zweifel als „faktisch öffentliche“ Räume auszuklammern sind (*Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 201a Rn. 7; *von Strobl-Albeg*, in: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rn. 57 m.w.N.), ist das so nicht auf die Wege/Gemeinflächen einer psychiatrischen Station übertragbar, zumal die Patientinnen und Patienten gerade auch dort schutzwürdig sind und bleiben (so wohl auch LG Leipzig v. 15.03.2019 – 8 O 503/19 (AH I) im Parallelfall; für Krankenzimmer bei Mehrbettzimmern auch etwa Sch/Sch/*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 201a Rn. 9). Unschädlich ist auch, dass sich die Verfügungsbeklagte zu 1) damals als Täterin im gleichen Bereich wie der Verfügungskläger aufgehalten hat und deswegen keine Schutzmechanismen überwinden musste (BGH v. 22.06.2016 – 5 StR 198/16, NStZ-RR 2016, 279). Soweit die Verfügungsbeklagten auch hier mit einer „faktischen Öffentlichkeit“ argumentiert haben, kann letztlich auf das oben bereits zu § 201 StGB Gesagte verwiesen werden. Selbst wenn der Verfügungskläger hier untergebracht worden sein sollte, entfällt der Schutz nicht (für Haftraum als Wohnung MüKo-StGB/*Graf*, 3. Aufl. 2017, § 201a Rn. 34; *von Strobl-Albeg*, in: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rn. 57). 61

((2)) Auch der von der herrschenden Meinung verlangte Taterfolg einer kausalen („dadurch“) Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs des Betroffenen (gegen Einordnung als abstraktes Gefährdungsdelikt *Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 201a Rn. 19 m.w.N.; für abstrakte Gefährdung aber wohl *Hoyer*, ZIS 2016, 3 f.) ist jedenfalls angesichts des im Zuge der sekundären Darlegungslast der Verfügungsbeklagten fehlenden weiteren Sachvortrages zu den Aufnahmesituationen ebenfalls anzunehmen. Zwar genügt nicht jede Aufnahme in einem (abstrakt) geschützten Bereich und es ist eine Verletzung im Einzelfall festzustellen (*Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 201a Rn. 20; Sch/Sch/*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 201a Rn. 14 f.; siehe auch *Soehring*, in: Soehring/Hoene, PresseR, 5. Aufl. 2013, § 10 Rn. 8b), so dass Abbildungen „neutraler Handlungen“ beim Arbeiten, Lesen, Essen oder Schlafen in der Wohnung sowie das Warten und Führen von Behandlungsgesprächen in einem Arztzimmer nicht schon per se von § 201a StGB erfasst werden und gerade nicht alle Aufnahmen mit 62

„versteckter Kamera“ für Fernsehsendungen in geschützten Räumen den Tatbestand der Nr. 1 verwirklichen (so deutlich Sch/Sch/*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 201a Rn. 15). Da jedoch davon auszugehen ist, dass der Verfügungskläger in seinen Wohnverhältnissen und möglicherweise auch bei der Körperpflege durch Stationspersonal oder zumindest in den im Fragenkatalog zu Ziff. 6 geschilderten gesundheitlich bedenklichen Zuständen gefilmt worden ist, geht der Senat auch unter Beachtung des zivilprozessualen Beibringungsgrundsatzes letztlich von einem Eingriff in den engeren Kern der Privatsphäre aus - zumal gerade bei Angelegenheiten, die den Gesundheitszustand betreffen, eine eher strenge Handhabung angezeigt ist (allg. *Krause/Himmelreich*, in: Götting u.a., Hdb. PersönlichkeitsR, 2. Aufl. 2019, § 23 Rn. 86; *von Strobl-Albeg*, in: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rn. 59; für Filmaufnahmen von gynäkologischer Untersuchung BGH v. 26.02.2015 – 4 StR 328/14, NStZ-RR 2015, 141, vgl. allg. zum Merkmal BT-Drs. 15/2466, S. 4 und SK-StGB/*Hoyer*, 9. Aufl. 2017, § 201a Rn. 6), Soweit bei Strafgefangenen und Untergebrachten teilweise eine Schutzfähigkeit verneint wird (unklar *Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 201a Rn. 19 m.w.N.), überzeugt dies nach der ratio legis nicht.

((3)) Die Verfügungsbeklagte zu 1) handelte auch „unbefugt“, was jedenfalls außerhalb des Bereichs einer Einwilligung auch hier nur auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe verweist (statt aller MüKo-StGB/*Graf*, 3. Aufl. 2017, § 201a Rn. 79 ff. m.w.N.). Auch hier fehlt entsprechend dem oben Gesagten ausreichender Sachvortrag der Verfügungsbeklagten. Die Sozialadäquanzklausel in § 201a Abs. 4 StGB gilt schon nach dem WoFaut nicht für die hier fraglichen Fälle des § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB (allg. Ansicht, vgl. Sch/Sch/*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 201a Rn. 53, 18; *von Strobl-Albeg*, in: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rn. 72; *Hegemann*, AfP 2019, 12, 18). Der Gesetzgeber ging jedoch davon aus, dass jedenfalls hier auch Art. 5 Abs. 1 GG unmittelbar bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „unbefugt“ berücksichtigt werden müsse (BT-Drs. 18/2601, S. 39) und hielt diese Sonderregelung daher für nur klarstellend. Ähnlich wie bei § 201 StGB wird zwar systematisch dennoch verbreitet eine eigene Rechtfertigungsmöglichkeit für die Recherchetätigkeit der Presse in Zweifel gezogen und allenfalls auf § 34 StGB abgestellt (so deutlich Sch/Sch/*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 201a Rn. 18; SK-StGB/*Hoyer*, 9. Aufl. 2017, § 201a Rn. 27ff.; NK-StGB/*Kargl*, 5. Aufl. 2017, § 201a Rn. 27 m.w.N.; weiter *Kühl*, AfP 2004, 197; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 201a Rn. 9), zumal das Herstellen von Bildaufnahme als „rechtswidriges Beschaffen“ von nicht „allgemein zugänglichen“ Informationen nicht in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG fallen soll (*Wendt*, AfP 2004, 184 f.). ZWar sprechen auch hier gute Gründe für eine weitere Lesart und eine Abwägung, doch braucht das im Rahmen des § 91a ZPO auch hier nicht geklärt zu werden: Denn auch dann ginge mangels ausreichendem Sachvortrag die Abwägung – wie oben - zu Lasten der Verfügungsbeklagten aus. 63

((4)) Zum Verschulden und zur Wiederholungsgefahr kann dann auf das oben Gesagte verwiesen werden. 64

((cc)) Es bestanden auch Unterlassungsansprüche aus §§ § 1004 Abs. 1 BGB analog, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 203 Abs. 4 StGB. 65

((1)) Die Verfügungsbeklagte zu 1) war taugliche Täterin des Sonderdelikts. Zwar ist sie selbst keine Berufsträgerin i.S.d. § 203 Abs. 1 oder 2 StGB, aber als mitwirkende Person i.S.d. § 201 Abs. 4 S. 1, Abs. 3 S. 1 StGB erfasst. Soweit die Verfügungsbeklagten meinen, es würde sich bei ihr um keine „berufsmäßig tätige Gehilfin“ handeln, weil es sich nur um ein (angeblich) berufsorientierendes Praktikum gehandelt habe, so dass keine „zur Vorbereitung auf den Beruf tätige Person“ i.S.d. § 203 Abs. 3 S. 1 StGB betroffen sei, verkennen sie, dass 66

die beiden Personengruppen in Abs. 3 nebeneinander angeführt werden und Abs. 4 nur allgemein auf „mitwirkende Personen“ abstellt. Von dem Begriff des „berufsmäßig tätigen Gehilfen“ können daher ohne weiteres auch Praktikanten erfasst sein, die sich zwar nicht in einer Ausbildung befinden, aber eine irgendwie geartete, die Tätigkeit des Berufsgeheimnisträgers unterstützende Tätigkeit verrichten (so deutlich BT-Drs. 18/11936, S. 21 f.; ebenso Sch/Sch/*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 203 Rn. 25). Auch die Unentgeltlichkeit des Praktikums war kein Hinderungsgrund: Zwar gibt es einen Streit um die Behandlung rein ehrenamtlicher Tätigkeiten (dazu MüKo-StGB/*Cierniak/Niehaus*, 3. Aufl. 2017, § 203 Rn. 123), doch ist dies nicht auf Fälle wie den vorliegenden übertragbar und es genügt daher für die Tätereigenschaft auch ein allgemeines „Berufsfindungspraktikum“ (MüKo-StGB/ *Cierniak/Niehaus*, 3. Aufl. 2017, § 203 Rn. 135; NK-StGB/Kargl, 5. Aufl. 2017, § 203 Rn. 39). Dass die Verfügungsbeklagte zu 1) tatsächlich kein Praktikum absolvieren wollte und sich nur „eingeschleust“ hat, ändert ebenfalls nichts an der Tätereigenschaft. Es wird allgemein etwa auch ein Offenbaren von solchen Geheimnissen erfasst, deren Kenntnisnahme der mitwirkenden Person nach dem Vertragsverhältnis mit dem Schweigepflichtigen untersagt war, während im Gegenzug nur ein eigenmächtiges Verschaffen durch einen Berufsträger selbst u.U. nicht zur Strafbarkeit führen würden, weil der Geheimnisschutz dann schon nicht entstehen kann (Sch/Sch/*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 203 Rn. 98). Im Übrigen wird auch selbst beim Berufsträger ein „Hochstapler“ erfasst (so deutlich MüKo-StGB/*Cierniak/Niehaus*, 3. Aufl. 2017, § 203 Rn. 31); bei den mitwirkenden Personen gilt nichts anderes.

((2)) Es lagen auch „Geheimnisse“ i.S.d. § 203 Abs. 1 StGB – nämlich den persönlichen Lebensbereich des Verfügungsklägers betreffende geheime Tatsachen - vor. Geheimnisse sind Tatsachen, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sind und an deren Geheimhaltung derjenige, den sie betreffen (sog. Geheimnisträger), ein von seinem Standpunkt aus sachlich begründetes Interesse hat oder bei eigener Kenntnis der Tatsache haben würde (OLG Köln v. 04.07.2000 - Ss 254/00, NJW 2000, 3656). Das kann man gerade für die hier letztlich betroffenen Gesundheits- und Behandlungsdetails – wie allgemein (vgl. nur MüKo-StGB/*Cierniak/Niehaus*, 3. Aufl. 2017, § 203 Rn.14, 23 m.w.N.) - unterstellen. Soweit der Geheimnisschutz bei einer Unrichtigkeit der weitergegebenen Informationen anerkanntermaßen nach dem Schutzzweck der Norm nicht eingreift (MüKo-StGB/ *Cierniak/Niehaus*, 3. Aufl. 2017, § 203 Rn. 15), hat der Verfügungskläger eine solche Unrichtigkeit nur einmal am Rande und eher bezogen auf die Art und Weise der an die Klinik übermittelten Fragestellung thematisiert. Ansonsten ist im Kern unstreitig, dass die übermittelten und der außergerichtlichen Fragestellung zugrundeliegenden Informationen zutreffend waren. Wenn die Verfügungsbeklagten etwa auf S. 9 des Schriftsatzes vom 05.06.2019mit einer angeblichen „Offenkundigkeit“ der Umstände argumentieren (Bl. 203 d.A), lässt eine solche zwar in der Tat den Schutz des § 203 StGB entfallen (statt aller *Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 203 Rn. 8, 15; Sch/Sch/*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 203 Rn. 6 m.w.N.). Indes handelte es sich hier nicht um Tatsachen und Daten, die jedem Verständigen bekannt oder leicht feststellbar sind (z.B. Registerdaten). Zwar ging es um einen möglicherweise augenscheinlich schlechten Gesundheits- und Gemütszustand, doch geht es vorliegend jedenfalls um die Erkennbarkeit nur auf einer geschlossenen Station und zudem auch darum, dass die Hintergründe für die möglicherweise augenscheinlichen Probleme wie etwa die Einzelheiten der Medikation nicht offen zu Tage getreten sind. Die Ausführungen der Verfügungsbeklagten auf S. 6 f. des Schriftsatzes vom 03.07.2019 (Bl. 425 f. d.A.) rechtfertigen keine andere Sichtweise. Der Verfügungskläger hatte an der Geheimhaltung bei Berücksichtigung seiner persönlichen Situation auch ein „verständliches“ Interesse, denn das Merkmal hat nur die Funktion einer negativen Abgrenzung gegenüber Willkür und Launenhaftigkeit und stellt keine hohen Anforderungen. Ein solches Interesse ist in aller Regel nicht nur bezüglich der Einzelheiten gesundheitlicher Verhältnisse 67

anzunehmen, sondern es kann schon für die bloße Tatsache, dass sich jemand überhaupt in ärztlicher Behandlung befindet ebenso anzunehmen sein wie für Begleitumstände einer Krankenhausaufnahme (vgl. nur Sch/Sch/*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 203 Rn. 7 m.w.N.). Warum hier konkret anderes gelten sollte, ist dem Senat nicht ersichtlich. Allein die Tatsache, dass eine Verarbeitung jedenfalls zunächst nur innerhalb des redaktionellen Kreisen erfolgt ist, ändert - entgegen S. 10 des Schriftsatzes vom 05.06.2019, Bl. 204 d.A. - nichts, zumal jedenfalls im Zeitpunkt der Antragsstellung auch gerade nicht gesichert war, dass die erhobenen Daten nicht auch andere Personen erfahren würden.

((3)) Das Geheimnis ist der Verfügungsbeklagten zu 1) auch im innerem Zusammenhang mit der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit unter Umständen mitgeteilt worden, aus denen sich die Anforderung des Geheimhaltens ergibt (zu diesem Merkmal Sch/Sch/*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 203 Rn. 13 m.w.N.) bzw. sie hat in innerem Zusammenhang mit der Berufsausübung und der – sofern man das verlangt – der daraus folgenden Sonderbeziehung davon erfahren. Selbst wenn – was zuletzt streitig geworden ist – der Verfügungskläger gerichtlich untergebracht war, entsteht eine Sonderbeziehung auch bei einer „Unfreiwilligkeit“ des Kontakts (für Truppenarzt, Sachverständige etc. etwa auch *Eisele*, a.a.O.). Im Übrigen genügt ohnehin, wenn gerade die Berufsausübung – wie hier - die Möglichkeit ungehinderter Kenntnisnahme verschafft hat. 68

((4)) Die Verfügungsbeklagte zu 1) hat das Geheimnis durch die Weitergabe der inhaltlichen Informationen über den Verfügungskläger – die mangels erheblichem Bestreiten auf den Hinweis in der Ladungsverfügung hier zusammen mit dem Bild- und Tonmaterial erfolgt sein muss und diesen daher in der Summe auch hinreichend individualisierbar machte, so dass die Bedenken des Landgerichts in der angegriffenen Entscheidung nicht mehr durchgreifen – offenbart (vgl. auch LG Leipzig v. 15.03.2019 – 8 O 503/19 (AH I) in einem Parallelfall). Denn ein „Offenbaren“ ist schon das reine Mitteilen des Geheimnisses an einen Dritten in der Form, dass die Person des Berechtigten zumindest identifizierbar ist, weswegen allein streng anonymisierte Mitteilungen nicht ausreichen (*Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 203 Rn. 33). Eine pauschale Einschränkung des Begriffs des „Dritten“ ist auch hier nicht mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 GG geboten. 69

((5)) Die Verfügungsbeklagte zu 1) handelte auch unbefugt. Das Merkmal meint außerhalb des Bereichs eines Einverständnisses auch hier nur einen Verweis auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe (*Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 203 Rn. 61 ff.). Ungeachtet des oben zu §§ 201, 201a StGB Gesagten erkennt die herrschende Meinung hier zwar ohnehin - neben dem als zu eng empfundenen § 34 StGB – weitgehend eine (ungeschriebene) Möglichkeit an, dass sich die Befugnis zur Offenbarung fremder Geheimnisse i.S. des § 203 StGB aus den allgemeinen Grundsätzen über die Abwägung widerstreitender Pflichten oder Interessen (analog § 193 StGB) ergeben kann (OLG Köln v. 04.07.2000 - Ss 254/00, NJW 2000, 3656, 3657; siehe auch BGH v. 08.10.1968 - VI ZR 168/67, NJW 1968, 2288, 2290; v. 09.10.1951 - 1 StR 159/51, NJW 1952, 151). Systematisch und methodisch ist das indes auch hier nicht unangegriffen (nur für Anwendung nur des § 34 StGB Sch/Sch/*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 203 Rn. 56; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 203 Rn. 86; MüKo-StGB/*Cierniak/Niehaus*, 3. Aufl. 2017, § 203 Rn. 87; *Bohnert*, NStZ 2004, 301, 304 f. m.w.N.); erscheint mit Blick auf das oben Gesagte für journalistische Recherchemaßnahmen aber im Zweifel auch sachgerecht. Im Rahmen des § 91a ZPO bedarf es aber auch hier keiner endgültigen Klärung, denn wie ausgeführt, fehlt es an ausreichendem Sachvortrag für eine Entlastung. 70

((6)) An Verschulden und Wiederholungsgefahr bestehen auch hier aus genannten Gründen keine Bedenken. 71

(dd) Angesichts des Vorgenannten geht der Senat dann auch davon aus, dass nach umfassender Abwägung der widerstreitenden Interessen aus gleichen Gründen ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB analog, § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht bestand, zumal die besondere Schutzbedürftigkeit des Verfügungsklägers als Patient einer geschlossenen psychiatrischen Klinik bei der Abwägung zu berücksichtigen war. 72

(c) Auch im Verhältnis zur Verfügungsbeklagten zu 2) bestand hier ein Verfügungsanspruch in ähnlicher Form. 73

(aa) Diese kann zwar als juristische Person selbst die genannten Straftatbestände nicht verwirklichen. Sie würde zivilrechtlich aber über § 31 BGB neben den strafrechtlich u.U. nach § 14 StGB Verantwortlichen haften (BGH v. 11.07.2006 - VI ZR 339/04, DStR 2006, 1847 Rn. 28; MüKo-BGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 132), so dass (erst recht) eigene Unterlassungspflichten zu begründen sind. 74

(bb) Auf Seiten der Verfügungsbeklagten zu 2) wurden die inkriminierten Aufnahmen jedenfalls „gebraucht“ i.S.d. § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB, denn dafür genügt es, wenn die technischen Möglichkeiten des Tonträgers ausgenutzt werden, etwa zur Reproduktion des gesprochenen Wortes durch Abspielen, wobei wiederum gleichgültig ist, ob der Täter die Aufnahme nur für sich selbst oder (auch) für Dritte abspielt oder abspielen lässt (Sch/Sch/*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 201 Rn. 17). Zudem dürfte auch ein (weiteres) Zugänglichmachen vorliegen durch Weitergabe des Materials an die externe Rechtsabteilung und den Verfahrensbevollmächtigten. Entsprechend dem oben Gesagten kann auch mit Blick auf das auf S. 15 des Schriftsatzes vom 26.06.2019 (Bl. 355 d.A.) und S. 5 f. des Schriftsatzes vom 03.07.2019 (Bl. 424 f. d.A.) Ausgeführte derartigen Personen nicht generell die Eigenschaft als „Dritte“ abgesprochen werden, weil sie „im Lager“ der Presse stehen. Zur Rechtswidrigkeit, dem Verschulden und zur Wiederholungsgefahr kann im Übrigen auf das oben Gesagte verweisen werden. Hier sprechen jedoch gute Gründe dafür, dass man jedenfalls die Einschaltung des Anwalts, aber wohl auch der externen Rechtsabteilung eher als gerechtfertigt ansehen kann; darauf kommt es im Rahmen des 3 91a ZPO aber nicht entscheidend an. 75

(cc) Auch § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB ist aus ähnlichen Gründen verwirklicht. 76

(dd) Zu § 203 StGB ist entgegen der Verfügungsbeklagten zu 2) nicht weiter von Belang, dass sie als juristische Person bzw. auch ihre Mitarbeiter als solche keine tauglichen Täter des Sonderdelikts waren. Denn bei dem vorliegenden Gesamtgeschehen wird man angesichts der planmäßigen Vorgehensweise von einer Anstiftung oder zumindest von einer Beihilfe – auch durch Zurverfügungstellung des Equipments – auszugehen haben. Bei dem Sonderdelikt bleibt eine Teilnahme nach §§ 26, 27 StGB möglich und strafbar (*Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 203 Rn. 93). 77

3. Der Senat geht im Rahmen der Billigkeitsentscheidung ferner davon aus, dass jedenfalls zunächst – insbesondere vor Ausstrahlung der Sendung - auch ein Verfügungsgrund (Dringlichkeit) vorlag. Denn ein solcher folgt bei Unterlassungsverfügungen regelmäßig schon aus der Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr i.S.d. § 1004 Abs. 1 BGB (so Zöller/*Vollkommer*, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 935 Rn. 10, § 940 Rn. 1). Die Unterlassungsverfügung wird im Regelfall nicht als Unterfall der Leistungsverfügung angesehen. Zwar führt auch eine Unterlassungsverfügung praktisch zu einer „Befriedigung“ des durch sie „gesicherten“ Unterlassungsanspruchs; andererseits haben Unterlassungsverfügungen meist eher nur abwehrenden Charakter und ähneln daher mehr einer Sicherungsverfügung, so dass die 78

strengen Voraussetzungen für Leistungsverfügungen nicht gelten (Zöller/*Vollkommer*, a.a.O., § 940 Rn. 1). Dies zeigt zugleich jedoch auch, dass der Verfügungsgrund im Rahmen einer einstweiligen Verfügung hier nicht mit der materiell-rechtlichen Wiederholungsgefahr gleichgesetzt oder verwechselt werden darf (so deutlich auch OLG Dresden v. 07.04.2005 - 9 U 263/05, NJW 2005, 1871; ebenso BeckOK-ZPO/*Mayer*, Ed. 32, § 935 Rn. 14). Daher kann ein Verfügungsgrund im Einzelfall trotz Annahme einer Wiederholungsgefahr fehlen, wenn sich ein erneuter Eingriff zurzeit überhaupt nicht absehen lässt, tatsächliche Umstände entgegenstehen oder die Interessenabwägung insgesamt zu Lasten des Verfügungsklägers ausgeht (vgl. auch MüKo-ZPO/*Drescher*, 5. Aufl. 2016, § 940 Rn. 11). Besteht der Verfügungsgrund aber abstrakt in der objektiv begründeten Besorgnis, dass die Verwirklichung des Rechts künftig vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte, sind letztlich jeweils die durch Verweisung auf ein Hauptsacheverfahren entstehenden Nachteile maßgeblich (BeckOK-ZPO/*Mayer*, Ed. 32, § 935 Rn. 11). Insofern geht der Senat hier davon aus, dass jedenfalls nach der Glaubhaftmachung der Löschung des Rohmaterials (mit Ausnahme einer auf Rechtsverteidigungszwecke beschränkten Kopie beim anwaltlichen Vertreter, welche der Verfügungskläger nach dem Vorbringen des Verfahrensbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausdrücklich nicht weiter beanstandet) zuletzt kein Bedarf mehr für eine Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz bestand. Denn im Kern lief der verfolgte Unterlassungsanspruch auf eine „Sicherung“ hinaus, der aber am ehesten durch die – hier erfolgte - Löschung Rechnung getragen werden konnte, so dass mit deren Durchführung zuletzt kein greifbarer Bedarf für gerichtliche Eil- und Sicherungsmaßnahmen mehr bestand. Das wäre u.U. anders gewesen, wenn die verbliebene Kopie auch für andere Zwecke wie eine mögliche spätere Berichterstattung aufbewahrt worden wäre (etwa in einem umfassenden Materialarchiv), doch liegt der Fall so nicht. Sollte der Verfügungskläger noch weitere Ansprüche auf Auskunft etc. verfolgen wollen, kann er daher jedenfalls zuletzt ohne weiteres auf ein Hauptsacheverfahren verwiesen werden.

Etwas anderes folgt auch nicht aus Art 79 Abs. 1 DSGVO. Diese Regelung wird von den Ausschlussmöglichkeiten in Art. 85 Abs. 2 DSGVO für Tätigkeiten zu journalistischen Zwecken aufgrund ihrer systematischen Stellung in Kapitel VIII – wie oben bereits ausgeführt - nicht erfasst und könnte daher von nationalen Regelungen wegen des Anwendungsvorrangs der DSGVO auch nicht für unanwendbar erklärt werden. Zwar verlangt die Regelung einen "wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf", wenn man "der Ansicht ist, dass die ... aufgrund dieser Verordnung zustehenden Rechte infolge einer nicht im Einklang mit dieser Verordnung stehenden Verarbeitung [der] personenbezogenen Daten verletzt wurden." Dieser in Art. 47 GrCh ebenfalls verwendete Begriff ist unionsrechtsautonom zu bestimmen; die Wirksamkeit eines Rechtsbehelfs betrifft zunächst den Zugang zu den Gerichten, der nicht wesentlich erschwert werden darf, wie es durch zu strenge Zulässigkeitsanforderungen möglich wäre; daneben muss sowohl Primär- als auch Sekundärrechtsschutz gewährleistet werden. Ferner muss es dem Betroffenen aber auch möglich sein, bei bestehender Dringlichkeit entsprechenden Eilrechtsschutz zu erlangen. Entgegenstehende nationale Prozessrechtsregelungen werden verdrängt, insbesondere wenn es darum geht, einer späteren Hauptsacheentscheidung uneingeschränkte Wirksamkeit zukommen zu lassen (deutlich EuGH v. 19.06.1990 - Rs C 213/89, NJW 1991, 2271 Rn. 21 sowie EuGH v. 13.03.2007 - C-432/05, NJW 2007, 3555 Rn. 67, 72, 77, 83 - Unibet [London] Ltd u.a. / Justitiekansler). Diese Erwägung gilt entsprechend auch im Bereich des Art. 79 Abs. 1 DSGVO und deswegen ist bei einem entsprechenden Bedürfnis im Zweifel auch vorbeugender einstweiliger Rechtsschutz zuzulassen (siehe allg. auch BeckOK Datenschutzrecht/*Mundil*, Ed. 28, Art 79 Rn. 10 f., 14; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art 79 Rn. 11; *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 79

2018, Art. 79 Rn. 17; *Kreße*, in: Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art 79 Rn. 24). Indes betrifft dies dann vor allem faktische, nur schwer rückgängig zu machende drohende Verletzungen, die so zeitgerecht und effektiv abgewendet werden sollen (EuGH a.a.O. und *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 16). Der Senat geht zwar davon aus, dass hier anfangs eine Absicherung geboten war, aber jedenfalls nach Ausstrahlung und Löschung zuletzt dann nicht mehr.

3. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde schied schon wegen § 574 Abs. 1 S. 2, 542 ZPO aus, zudem kann in Fällen des § 91a ZPO die Rechtsbeschwerde aus eingangs bereits angeführten Gründen auch nicht der Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen dienen (st. Rspr., vgl. BGH v. 09.01.2019 – VIII ZB 26/17, NZM 2019, 208 Rn. 7 m.w.N.). 80

Streitwert für das Beschwerdeverfahren: 15.000 EUR 81

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE